J. rom. m.
33 tc
Bekker

Dies intercisi
" nefasti priores
v. d. 190 Dies comitiales stehen die nicht für Comitien gebrauchten der Iurisdiction offen

Decemviri Spaterhin nun in Processen über Status competent

<36634188260012

<36634188260012

Bayer. Staatsbibliothek

DIE AKTIONEN

DES

RÖMISCHEN PRIVATRECHTS

VON

ERNST IMMANUEL BEKKER
PROFESSOR ZU GREIFSWALD.

ERSTER BAND.

IUS CIVILE.

BERLIN,
VERLAG VON FRANZ VAHLEN.
1871.

413 D

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

VORWORT.

Was diese "Aktionen" sollen, gibt die "Einleitung" ausführlich an. Mein Zweck war Förderung unseres gegenwärtigen Rechts, dessen selbständige Entwickelung nicht durch romanisirende Theorien behindert werden darf. Dennoch ist die Arbeit rein historisch, Schilderung eines der wichtigsten Institute des Römischen Rechts, wie es zu Rom bestanden, und wie es bei uns, trotz der Rezeption des Römischen Rechts, nicht besteht. Dabei mag es für den Augenblick bewenden; die Erkenntnis des zwischen den Römischen und den modernen Rechtsanschauungen bereits vorhandenen Unterschieds treibt, auch ohne Nachhülfe, notwendig zur Erweiterung der Kluft.

Auf die Lösung der Aufgabe musste zunächst die Individualität des Verfassers Einfluss üben; wieweit ich diesen Einfluss zu übersehn vermag, soll zur besseren Orientirung hier offen ausgesprochen werden. Mir lag an der Einheit und Uebersichtlichkeit des Bildes, deshalb bin ich Allem was jenseits der gesteckten Grenzen, in das *ius sacrum* oder in das *ius publicum* oder in das Gebiet der rein prozessualischen Fragen zu fallen drohte, ängstlich vielleicht zu ängstlich aus dem Wege gegangen. Zudem wünschte ich den Wald, nicht die Bäume zu malen, von den privatrechtlichen Aktionen interessirten mich nur die Hauptarten, und auch bei diesen

nicht die Details an sich, wol aber das Verhältnis der einzelnen Arten zu einander, ihre Verschiedenheiten, und der innere und der äussere Zusammenhang unter ihnen. Um bei bekanntem lange zu verweilen schienen mir Zeit und Raum zu kostbar, wogegen ich nicht angestanden habe bedenklichere Einzelheiten sorgfältig zu erörtern, sobald die Entscheidung für die Haltung des Gesammtbildes wichtig werden konnte. Im Zweifel welche Aufmerksamkeit eine *species actionum* verdiene, habe ich zunächst auf die Bedeutung derselben in der geschichtlichen Entwickelung der Aktionen gesehn, dann darauf ob aus ihrer Erscheinung irgend Einwürfe wider meine Aktionentheorie zu entnehmen seien, endlich auf die Gestalt welche ihr die neuesten Bearbeiter gegeben, je weniger ich neues zuzufügen hatte desto rascher mochte ich darüber hingehn. Möglich, dass an dem äussern Ebenmass der Arbeit manches zu tadeln ist, und gewis dass Andere vieles anders und besser gemacht haben würden, nur lag darin für mich kein Grund es anders zu machen als eben ich es konnte.

Unser gegenwärtiges Wissen von den Römischen Aktionen spiegelt sich in meiner Darstellung, gleichviel was dieser Spiegel taugt; doch erwarte niemand ein literarisches Repertorium von annähernder Vollständigkeit. Fast bei allen Literaturangaben glaube ich geleitet zu sein durch das Gefühl des Dankes gegen die Verfasser die mich angeregt und bestimmt haben, sei es zur Folge oder zum Gegenteil. Ebenso soll mir jede Wirkung erfreulich sein die dies Buch in der einen oder in der andern Richtung nach sich zieht, ohne übrigens mich berühmen zu wollen, dass ich die Schwäche und Eitelkeit, lieber Zustimmung als Widerspruch zu begegnen, gänzlich überwunden hätte.

Ein Lob aber hoffe ich mit Recht beanspruchen zu können: der Vorwurf den ich selber als Recensent gegen Andere öfters erhoben, dass sie die Heiligkeit des Zweifels nicht respektirt, der wird mich schwerlich treffen; wenigstens bin ich mir be-

wusst, vom Drucke der Autoritäten nicht mehr zu empfinden als von dem der Majoritäten. Wie viele Gründe für eine noch nicht voll bewiesene Meinung streiten, immer bleiben wir berechtigt dieser mit andern Hypothesen zu begegnen, und wir haben damit dankenswertes geleistet, auch wenn es uns nur gelingen sollte beizutragen zur vollständigeren Beleuchtung der Sache, oder zur festeren Unterstützung der ersten Hypothese. Die Zweifel die mir geblieben sind, habe ich meist ausdrücklich hervorgehoben, nur bisweilen der glatteren Darstellung zu liebe unberührt gelassen. Ein für allemal möchte ich gebeten haben, auch diese Aufstellungen als Hypothesen zu betrachten und zu behandeln.

Dass Juristen ihr Nichtwissen, mag man es Meinen Vermuten Glauben Fühlen heissen, so oft für Wissen ausgeben, kommt wol von der praktischen Tätigkeit, wo wir, wie die Mediziner, in tausend Fällen gezwungen sind dieses Nichtwissen zur Norm unserer Handlungen zu nehmen, während wir übrigens den Medizinern noch in der allgemein menschlichen Abneigung gegen das Bekenntnis eigener Irrtümer gleich, darin aber sehr ungleich gestellt sind, dass kein Secirmesser unsre Versehen handgreiflich macht. In der Praxis kann diese Verwechselung des Nichtwissens und Wissens allenfalls verziehn werden, obschon wir auch hier den Vorzug altrömischer Weisheit geben müssen:

> *qui testimonium diceret ut arbitrari se diceret, etiam quod ipse uidisset, quaeque iurati iudices cognouissent, ea non ut esse facta, sed ut uideri pronuntiarent.*

Der Wissenschaft aber widerstrebt nichts mehr als diese Verwechselung, bei der notwendig aus dem Glauben die Folgerungen gezogen werden die daraus nicht zu ziehn sind, und diejenigen nicht gezogen werden, die daraus zu ziehen wären. Auch haben wir nicht zu besorgen, dass eine Skepsis, die nichts unbewiesen passiren lässt, unsere Tätigkeit lähmen werde; denn wir sind doch kein der Wahrheit so gänzlich

abgewandtes Geschlecht, dass wir zu ihr nicht blos nie ganz durchzudringen vermöchten, sondern auch auf dem Wege dahin nur durch andauernde Teuschung über das bereits erreichte und das weiter von uns zu erreichende zu erhalten wären? Nur Kinder können vermeintliches Wissen über bewusstes Glauben stellen, und ewige Jugend ist uns nimmer verliehn.

Noch will ich bemerken, dass die in den zweiten Band gehörigen Ausführungen über das prätorische richterliche und kaiserliche Recht bereits geschrieben sind und nach kurzer Revision dem Drucker übergeben werden sollen.

Greifswald im März 1871.

INHALT DES ERSTEN BANDES.

IUS CIVILE.

Seite

EINLEITUNG.

Obligatio und *Actio*. — An Georg Bruns 1

Stellung des Römischen Rechts in der Gegenwart; Notwendigkeit und Schwierigkeit der Emancipation von demselben. — Beschränkung dieser Arbeit auf das Obligationenrecht; die Aktionen als Einleitung desselben. — Präzisirung der Aufgabe. — *Obligatio* = *actione teneri;* persönliche Obligation durch *actio in personam* und sachliche Obligation durch *actio in rem; naturalis obligatio* ohne *actio* aber nicht ohne Zwang. — Dualismus der Römischen Anschauung: *actio* und Anspruch. — Bedenken. — Spuren dieser Auffassung bei Savigny, Bethmann-Hollweg, Windscheid. — Windscheid über den Gegensatz des heutigen und des Römischen Rechts; Bruns über den des civilen und des prätorischen Rechts.

Entwickelung der Begriffe von Aktion und Anspruch. — Gegensatz von Schutz und Anerkennung, von positivem Recht und Volksüberzeugung, Einfluss dieser Ueberzeugung auf die Römischen Richter. — Wann ist ein *iudicium* einzusetzen? und, was gehört in ein eingesetztes *iudicium?* — Actio ist Recht auf das *iudicium*, Anspruch das in dem *iudicium* zu berücksichtigende Recht; Zusammengehörigkeit beider. — Abweichungen des heutigen Rechts.

DIE LEGISAKTIONEN.

I. *Manus iniectio* 18

Grenzen unsers Wissens von den Aktionen. — Verhältnis der Legisaktionen zu den Zwölftafeln. — Ist die *sacramenti actio* oder *manus iniectio* älter? Gründe für das höhere Alter der *m. i.* — Das Nexum als ältestes Rechtsgeschäft. Zusammenhang desselben mit der Geldwirtschaft und mit dem Mancipium.

Erste Gruppe der Manusinjektionen: aus Geldgeschäften. — Die beiden Elemente des Nexums. Abhängigkeit der Damnation vom realen Element? — Novation durch Nexum. — Mutuum und geschäftliches Darlehn, Etymologie des *mutuum.* — *Nexi liberatio*, geschichtliche Entwickelung. — *Mancipium;* nach dem Abkommen des Wägegelds. — Tradition

Seite

ohne Mancipation. — Erfordernis der Preiszahlung oder Kreditirung zum Eigentumsübergang. — *Venditio nummo uno* als Grundlage beliebiger Mancipationen. — Mancipation von *res nec mancipi*. — Fiducia. — Klagen aus der Mancipation, *a. auctoritatis*.

Zweite Gruppe: *m. i.* aus Delikten.

Dritte Gruppe: *m. i.* aus Judikat und was dem gleichsteht.

Vierte Gruppe: *m. i. pro iudicato* und *pura*.

Stellung des Vindex, Vertreter des Injekten? Zusammenhang zwischen Vindex und Litiscrescenz. — Regressklagen des Vindex?

II. *Pignoris capio.* — *Operis noui nuntiatio.* — Selbsthülfe im *ius publicum* 42

Vergleichung der *p. c.* mit der *m. i.*; die *p. c.* ist jünger. — Der Erfolg der *p. c.* ist fraglich; der Verlauf zum grossen Teil unbekannt; ob dieselbe wirklich "*extra ius peragebatur*"? auch an unbeweglichen Sachen? — war namentlich die alte *legis actio damni infecti* eine *p. c.*? — Wenn die *p. c.* als *legis a.* nicht erfasst wurde, als was galt sie?

Operis noui nuntiatio gleichfalls auf Selbsthülfe basirtes Rechtsmittel; ob *legis actio*? — Vergleichung mit *p. c.* — Prüfung des Rechts zur Nuntiation. — Defension des Nuntiaten. — Fraglicher Austrag der bei der *o. n. n.* entstehenden Konflikte in alter Zeit. — Uebersicht der Gründe zur *o. n. n.*; Zweifel über die Fälle des *damnum depellendum*; Grenzirrungen des *ius publicum* und *i. priuatum*. — Verhältnis von Anspruch und Aktion bei den verschiedenen Nuntiationsfällen. — War die *o. n. n.* in ihrer Totalität Eine *actio*? — Stellung der *o. n. n.* im Legisaktionensystem.

Dieselben Arten der Selbsthülfe kehren im *ius publicum* wieder; ebenso ist andererseits Prädenstellung aus dem *ius publicum* in das *i. priuatum* übertragen; insonderheit im Falle der *praedes litis et uindiciarum*.

III. *Legis actio sacramento.* — *Legis actio per iudicis postulationem* 57

Hypothesen über die Entstehung des Sakramentsverfahrens; *pignoribus certare*. — Die alte Vindikation. — Beseitigung der Selbsthülfe. — Konzentration der Entscheidung bei der *l. a. s.* — Fragliche Bedeutung des *sacramentum*. — Das Gebiet der *l. a. s.*; ungenügende Abgrenzung gegen die *l. a. p. i. p.* — Denkbarkeit eines Rechtsverfahrens neben den Legisaktionen, und einzelner Legisaktionen neben den gewöhnlichen fünf Arten. — Die weiteren Aktionsformulare; auch auf *incertum*? auch in *factum*? — Beschränkte Aktionsformulare; die einzelnen Formulare sind ein Werk der Jurisprudenz auf gesetzlicher Grundlage. — Fortgang der Arbeit bis Cicero.

Bedeutung der gemeinsamen Elemente. — Trennung der richterlichen Funktionen; Konsequenzen hiervon. — Litiskontestation. — Tätigkeit des Magistrats; der Richter. — Sonderung der Fragen "*an sit actio*" und "*quid ueniat in actionem*". — Aktionen und Ansprüche.

UEBERGANG ZUM FORMULARPROZESS.

IV. *Legis actio per condictionem.* — *Condemnatio.* — *Litis aestimatio.* — *Lex Aebutia* 75

Seite

Legis actio per condictionem. — Verwandtschaft der Denuntiation mit der *operis noui nuntiatio.*

Verschiedenheit der Formularaktionen von den Legisaktionen. — *Ipsam rem condemnari* — *sacramentum iustum*, *iniustum.* — Folgen des *ipsam rem condemnari.* — Kondemnationen in den Plautinischen Stücken und bei Cicero; in Provinzialsachen. — Zusammenhang der Geldkondemnation mit der *litis aestimatio.* — Einzelne Fälle der Litisaestimation; — Wirksamkeit derselben. — *Actiones arbitrariae.*

Enstehung der Formeln. — Verhältnis der Spruch- und der Schriftformeln zu einander. — Beseitigung der feierlichen Litiskontestation. — Zustand zur Zeit Ciceros. — *L. Aebutia.*

Hiezu Beilagen A—C.

V. Die Entwickelung der Kondiktionen. 93

Ausarbeitung der Aktionen. — Anschluss der Legisaktionen an *mores.* — Wandelbarkeit der Legisaktionen. — Abgrenzung der Formelfelder der einzelnen Aktionen. — Umfassende und beschränkende Formeln. — "*rem meam esse*" und "*dari oportere*". — Gründe des "*dari oportere*" nach Cicero *pro Q. Roscio*; Gründe der *certi condictio* in der späteren Zeit; in der früheren Zeit. — Alter der *condictio triticaria.*

Anfängliche Verschiedenheit der Aktion auf *certa pecunia* und der auf andere *certa res.* — Uebereinstimmung betreffs der Klagfundamente. — Einfache Verhandlungen *in iure*; buntere *in iudicio.* — Neben dem *creditum* entwickeln sich früh die realen Quasikontrakte; Unentbehrlichkeit derselben; direkte Zeugnisse. — Formulirung der einzelnen Kondiktionen in der spätern Zeit.

Incerti condictio. — Fälle. — Formulirung.

Hiezu Beilage D.

VI. Die Kondiktionsgründe. — Entwickelungsgeschichte des *re obligari.* 112

Datio, *stipulatio*, *expensilatio;* Altersverhältnisse derselben. — *credere*, *fides.* — *re contrahi;* Verbindung des realen und des konsensuellen Elements. — Bindende Kraft der *res* ohne Hinzutritt des Willens; einzelne Fälle. Ursprüngliche Bedeutung der *res*: Ein Prinzip? oder vereinzelte Fälle? — Ueberwiegen des realen Elements beim Darlehn. — Unfertigkeit der Theorie des *re obligari* noch in der klassischen Periode. — Verschiedene Bedeutungen des Wortes *res*; *res* bei Plautus; — "*cessat repetitio*"; — *pactum fiduciae* bindend im Anschluss an das reale Element. — Rechtsverhältnisse aus *datio ob rem.* — Repetition "*propter paenitentiam*" unterschieden von der "*propter rem non secutam*". — Eintreten der *a. praescriptis uerbis.* — Modifikation der Repetitionen. — Das *ius paenitendi* ist nicht aus der Analogie des Mandats zu erklären. — Die ursprünglichen Gründe aller Aktionen: Verletzung Wille Bereicherung verschiedenartige Begrenzung derselben.

Hiezu Beilage E.

IM FORMULARPROZESS.

VII. Konkurrenzverhältnisse der Kondiktion. — Die Kondiktionen im weiteren Sinne. 135

Seite

Gegensatz der Kondiktionen im engern und weitern Sinn. — Begrenzung der K. i. e. S. — fr. 9 de R. C., Gebiet der *certi condictio*. — Kellers Ansicht über die Ausdehnung desselben im klassischen Recht. — Gegengründe. — Versuch einer Mittelmeinung. — Kondiktion als Vorläufer der *a. mandati*. — Der Kondiktionsgründe ist bestimmte Zahl, doch sind dieselben nicht auf Ein Prinzip zurückzuführen.

Quellenzeugnisse für die Kondiktionen im weitern S. — Worte der Intention. — Zusammenhang zwischen den Kondiktionen im e. S. und denen im w. S. — *A. rerum amotarum* als Zwischenglied. — Aufzählung der einzelnen Kondiktionen im w. S. — Versuch einer Altersbestimmung der *a. fiduciae*, *a. rei uxoriae*; *a. depositi*, *a. commodati*, *a. ex stipulatu*, *a. ex testamento*; der Konsensualkontrakte, namentlich der *a. empti*, Revision der Argumente aus Plautus; *a. mandati*; *a. negotiorum gestorum*; der *actiones contrariae*; der *as. praescriptis uerbis*. —

Verschiedenheit der Formeln dieser Klagen von denen der Kondiktionen im e. S. — Ineinandergreifen der Prätoren und der Iudices bei Entwickelung dieser Aktionen. — Die Aktionen sind entweder aus Gesetzen und uraltem Gewohnheitsrecht, oder prätorisches Ursprungs; nichtprätosische Aktionen aus dem spätern Gewohnheitsrecht der Republik gibt es nicht. Zusammenhang der Kondiktionen im w. S. mit der *l. a. per condictionem*? — Die *a. ex stipulatu* als Vorbild der *bonae fidei* Aktionen?

Hiezu Beilagen F und G.

VIII. *Bonae fidei actiones* 160

"*Ex fide bona*" und ähnliche Zusätze. — Praktische Bedeutung. — Mannigfaltigkeit derselben.

Die verschiedenen Aktionen haben zu verschiedener Zeit den *b. f.* Charakter angenommen; meist erst nachdem sie früher als Nichtbonäfideiaktionen bestanden. — Die Wirksamkeit der *b. f.* Klausel ist mit der Zeit gewachsen. —

Beweisführung für diese Sätze, vornehmlich aus Berichten von Cicero. — Hinweis auf die bleibenden Fragen. — Konjektur betreffs der Einführung der *b. f.* Aktionen im Anschluss an die Catonischen *leges*.

Zu VII und VIII Beilage H.

IX. Deliktsklagen 169

Zur Zwölftafelzeit ist ein Teil der Deliktsklagen aus dem *ius publicum* ausgeschieden. — Kennzeichen derselben. — Sie sind *actiones in personam*? ob *condictiones*? — Eigentümlichkeiten? Verhältnis zum *pactum de non petendo*; *officium iudicis*; Kompensation; grössere Einfachheit. — Verknüpfung mit der Person; behauptete Beziehungen zwischen dem Uebergang und dem Umfang des Inhalts; Verhaftung mehrer Mittäter; fr. 15 §. 2 quod ui 43, 24.

Verhältnis von Aktion zu Anspruch bei den Deliktsklagen. — Unterscheidung des Umfangs der Aktion von dem des Anspruchs. — Ansprüche wider Mitbeteiligte?

Hiezu Beilage I.

Seite

X. Noxalklagen 183

Geschichtliche Entwickelung der Grundgedanken des Strafrechts. — Reaktion wider den Schaden der von Sklaven Tieren leblosen Dingen ausgeht. — Aus dem Anspruch wider die beschädigende Sache erwächst die Notwendigkeit einer Aktion wider den Herrn derselben. — Verwandtschaft dieser Sachen mit den *actiones in rem.* — Auseinanderfallen von Anspruch und Aktion bei den Noxalsachen. — Mehre Noxalklagen nebeneinander. — Uebergang. — Einzelheiten in denen die Noxalsachen den dinglichen Klagen gleich und in denen sie ihnen ungleich sind. — Delikte der Sklaven wider ihre Herren. — Konflikt aus den Delikten eines Sklaven wider mehre Betroffene. — Einfluss der *scientia domini*; konkurrirende Verhaftung *ex scientia* und *serui nomine.*

Beschädigungen die von leblosen Gegenständen ausgehn. — Begründung der Zurechnung. — Keine Obligirung ohne eignes Zutun des Verletzten. — Realisirung der Obligirungsmöglichkeit. — Zusammenhang der begründeten Obligation mit der Person. — Die Voraussetzungen der Kautionsforderung im Einzelnen. — Juristische Begriffsbestimmung des Verhältnisses zur schuldigen Sache.

Hiezu Beilage K.

XI. *Actiones in rem* 200

Gegensatz der persönlichen und dinglichen Rechte, je nach der Beschaffenheit des Rechtsobjekts, Person oder Sache. — *a. in personam, in rem.* — Gemeinsames und Verschiedenheiten. — Begrenzung der *res*; Menschen als *res* behandelt. — Verschiedene Rechte an Sachen: Teilrechte; *iura in re aliena*; entsprechende Aktionen.

Geschichtliche Entwickelung der *a. in r.* — Gleichseitigkeit des ältesten Verfahrens. — Bedeutung der Vindizienerteilung; des Interdiktenstreits. — Fortfall der Gleichseitigkeit. — Prozess *per sponsionem.* — Erweiterung des Kreises der zubeklagenden Personen; auch bei der *confessoria.* — Präjudizielle Verwendung dieser Klage. — Wesen der *negatoria*; Beweis; Beklagte; präjudizielle Verwendung. — Mit der Gleichseitigkeit verliert sich der rein dingliche Charakter der *a. in rem.* — persönliche Ansprüche, "*ex praesenti possessione*" und "*ex commisso*", andere Einteilungen. — Konkurrirende persönliche Aktionen.

Gegensatz der persönlichen und dinglichen Aktionen im Justinianischen und im heutigen Recht. — Die *a. in rem* ist ein Zwittergebilde; Divergenz der zuverfolgenden Ansprüche und des Verfolgungsmittels. — Resultirende Nachteile.

Gehören die dinglichen Klagen zu den *actiones bonae fidei*?

Actio ad exhibendum eingefürt als Einleitung der Vindikation — spätere Entwickelung.

XII. *Iudicia duplicia* 229

Uebersicht. — Verhältnis der Auseinandersetzungs- und vornehmlich der Teilungsklagen zu dem Gegensatz der *actiones in rem* und *in personam.* — Die beiden Elemente der Teilungsklagen. — Alter dieser Aktionen. — Die Adjudikationsklausel bei denselben; die Kondemnationsklausel. — *A. communi diuidundo* ohne Teilung.

Seite

Die *a. tributoria* ist materiell den Teilungsklagen verwandt.

A. finium regundorum. — Unterschied von der *R. V.* — wird als *a. in personam* genannt. — Dunkele Stellen in der Geschichte und im Justinianischen Recht. — Bedeutung der Adjudikation und der Kondemnation. — Die Zweiseitigkeit der Teilungsklagen; für die verschiedenen Elemente verschieden; praktische Konsequenzen.

Zweiseitigkeit der *a. fin. regundorum.*

Gestaltung des Aktionenbegriffs bei den Auseinandersetzungsklagen. — *Interdicta duplicia.*

Hiezu Beilage L.

XIII. Streitsponsionen 246

Bedeutung der Sponsionen für das Aktionenrecht. — Gleichstellung der Stipulationen und Sponsionen. — Konstitutive und rezeptive Stipulationen. — Alter. — Aufgabe des Richters. — Zweck der Streitsponsion; präjudizielle und pönale Wirkungen.

Das Quellenmaterial.

Fünf Fragen.

Gruppenweise Zusammenstellung der Sponsionsfälle nach ihrem Verhalten zum Prozesse.

Um ein Surrogat des Erkenntnisses zu schaffen. — Sponsionsverfahren *in rem.* — Vergleichung mit den Sponsionen im Interdiktenprozess. — Accessorische Sponsionen mit pönalem Erfolg. — Bei der *condictio certi*, bei der *a. de pecunia constituta.*

Sponsionen über Nebenbedingungen des Erkenntnisses — in Kriminalsachen — im Provinzialprozess — Verteidigungssponsionen, vornehmlich bei Exceptionsverteidigung; über andere prozessualische Inzidentpunkte. — Zwang zum Spondiren.

Sponsionen über nicht im Prozesse liegende Fragen. — Direkte und indirekte Wirksamkeit der Entscheidung. — Rechtskraft der Gründe im klassischen Recht. — Konsumption beim Sponsionsstreit. — fr. 16 § 5 de pign. und fr. 4 § 7 de exc. doli. — Verfall des Sponsionsverfahrens im Justinianischen Recht. — Aenderung der Wirksamkeit der Exceptionen nach Wegfall der Sponsionsform. — Präskriptionen die die Konsumption ausschliessen.

Hiezu Beilage M.

XIV. *Querela inofficiosi testamenti. Praeiudicia* 272

Verwandtschaft der Querel mit dem Sponsionsverfahren. — Gegensatz zur herrschenden Meinung über *Q. I. T.* — Querelkläger. — Beklagte. — Erkenntnis; für wen wirkt es? — gegen wen? — Relativ später Ursprung der Querel; — *color insaniae.* — Prozessualische Behandlung, präjudiziell oder im Zusammenhang mit einer *hereditatis petitio.*

Verwandtschaft der *Q. I. T.* mit andern Querelen, namentlich *non numeratae pecuniae* und *n. n. dotis.*

Aufführung der quellenmässig konstatirten *praeiudicia.*

War die Zahl der Präjudizien eine geschlossene? — Konnten grössere Streitsachen beliebig auf die Entscheidung Eines Punktes gestellt werden?

Seite

— Kann der Magistrat beliebig Fragen, deren Entscheidung ihm obliegt, auf den Judex übertragen? — Aktionen vor begründetem Anspruch?

Gruppirung der bekannten Präjudizien. — Unterschiede betreffs Herbeiführung der erforderlichen Mitwirkung der Beklagten. — Exekution. — Bindende Kraft für spätere Erkenntnisse.

Die *praeiudicia* sind *actiones*, und zwar *in rem*. — Geschichtliche Erklärung dieser Bezeichnung. — Echte und unechte *praeiudicia*.

Hiezu Beilage N.

BEILAGEN.

A. Ueber Kondemnation und Abjudikation bei Plautus, insbesondere Rudens V. 1. — Zu Kap. V. 296

B. Weitere Zweifel über das Alter der Geldkondemnation. — Zu K. V. 298

C. Litisästimation in Repetundenprozessen. — Zu K. V. . . 300

D. Ueber die Verschiedenheit des Erfolgs der Kondiktionen nach Objekt und Formel. — Zu K. VI. 303

E. Zur Geschichte der freien Realkontrakte. — Zu K. VII. . 306

F. Wider Demelius, über das Alter der *actio empti ex consensu* nach Plautus. — Zu K. VIII. 311

G. Ueber das Verhältnis der *cautiones* zur *actio rei uxoriae*. — Zu K. VIII. 315

H. Zur Konsumptionslehre. — Zu K. VII und VIII. 317

Abweichungen von meiner früheren Auffassung; Unfertigkeit der Lehre bei den Römern. — I. Inhalt der *a. incerti*. — II. Die für die Kondemnation bestimmenden Momente ausser den Ansprüchen, und die massgebenden Ansprüche. — III. Entstehung der Konsumptionsregel. — IV. Wirkung und geschichtliche Entwickelung der Regel. — V. Bedeutung für die *a. incerti*. — VI. Bei Klagen auf Ganzes und Teile. Wider die positive Funktion der *exceptio rei iudicatae*. Heutiges Recht.

I. Zur Entwickelungsgeschichte des *pactum de non petendo* und des Transaktionspakts. — Zu K. X. 351

K. Die Kollision verschiedenen Personen zuständiger Noxaedationsansprüche. — Zu Kap. XI. 362

L. Ueber den angeblichen Anspruch auf Austausch bei den Teilungsklagen; desgleichen bei den synallagmatischen Aktionen, *negotia claudicantia*, *exceptio non adimpleti contractus*. — Zu Kap. XIII. 364

M. Ueber Wirksamkeit und Durchführung der Präjudizialpräskriptionen. Zu Kap. XIV. 376

N. *Querela non numeratae pecuniae*. — Zu Kap. XV. 382

EINLEITUNG.

OBLIGATIO UND ACTIO.

AN CARL GEORG BRUNS.

Endlich, lieber Freund, kann ich ein Stück der Arbeit vorlegen, von der ich Ihnen schon lange oft und viel gesprochen. Mir ist wohl dabei, etwas Fertiges vor mir zu sehen; so reichen Genuss das Sammeln und das Zusammenstellen, dann das Brüten darüber, das Aufgehen und Fortwachsen der Gedanken gewähren kann, es bleibt dennoch wahr dass die Tätigkeit nach ihren Früchten zu schätzen ist, und wertlos wenn sie nichts Greifbares zu Tage schafft. Freilich ist es erst ein Stück, verglichen mit dem was zu tun bleibt, ein kleines Stück; das ich eben darum nicht ohne Geleitsbrief in die Welt hinausziehen lassen, und niemand lieber als Ihnen empfehlen mochte.

Nichts dünkt mich wichtiger für die gedeihliche Förderung des eigenen, d. h. des Deutschen Rechts der Gegenwart, als unser Verhalten zum Römischen Recht. Dass wir dies wieder abtun, die Reception rückgängig machen könnten, ist selber ein schon wieder abgetaner, jetzt nicht weiter zu verfolgender Gedanke. Andererseits sind wir unvermögend die Herrschaft des Römischen Rechts, in der Form, in der wir es überkommen und noch haben, dauernd zu ertragen. Trotz aller relativen Universalität, die es auf seinem Entstehungsboden schliesslich erlangt hatte, hergestellt war es doch nur für bestimmte lokal und zeitlich gegebene Verhältnisse, mit deren Aenderung die Römer, wäre ihnen inzwischen nicht alle Schöpfungskraft ausgegangen, auch ihr Recht weitergebildet haben würden.

Diesen Umbildungsprozess haben wir unsern Verhältnissen gemäss wieder aufzunehmen, und dabei nachzuholen was während der Reception selber, unter Verkennung des innern Zusammenhangs eines jeden Rechts mit seinen realen Basen verabsäumt worden ist.

Können ist Wissen. Gerade um uns von der ungebührlichen Herrschaft desselben zu befreien, fordere ich ein noch sorgfältigeres Studium des Römischen Rechts. Jene Herrschaft aber übt dies Recht zur Zeit noch über unsere Theorie, und nicht anders über die Praxis, und zwar nicht blos in den Ländern, wo es noch unmittelbar in Geltung steht, sondern auch in denjenigen, die das gemeine Recht durch Kodifikation schon umgeformt haben, namentlich in Preussen. Man versuche sich nur an neuen Instituten, wie der moderne Verkehr sie unabweislich fordert, und die auf Römische Rechtsbegriffe nicht zurückzuführen sind; der Partikularpraktiker ist der Erste, uns mit dem Einwurf der Unmöglichkeit zu begegnen. Politisch hat die gemeinsame Gesetzgebung überwiegende Bedeutung, für die Entwickelung des Rechtes selber aber ist die innere geistige Emancipation bei weitem wichtiger.

Wie diese zu bewirken ist: durch das Auseinanderdenken des Römischen und des heutigen Rechts, dass wir der wesentlichen Verschiedenheiten beider immer mehr uns klar bewusst werden. Gewis entspricht eine solche Tätigkeit den Prinzipien der historischen Schule; gleichwol werden Konflikte mit deren Koryfäen unvermeidlich sein. Savigny und Puchta konstruiren sich ein Römisches Recht der Gegenwart, das in vielen Punkten so wenig Römisch ist, wie es Anspruch auf Geltung in der Gegenwart machen dürfte. Sie zeichnen das Römische Recht wie es durch die moderne, und das heutige Recht wie es durch die Römische Brille erscheint; damit verliert das Römische Recht einen Teil seiner Eigenartigkeit, die Unverträglichkeit mit dem heutigen Bestande der Verhältnisse verwischt sich, es fehlt an handgreiflichen Gründen das was so zum Vorschein gekommen dem Verkehr der Gegenwart fernzuhalten. Indem deshalb die Aufrichtung der gebotenen Schranken unterbleibt, überdeckt das Romanistische Element einstweilen auch das Gebiet, das für unsere eigenen Schöpfungen offen zu halten gewesen wäre. Ich nenne Savigny und Puchta als leitende Persönlichkeiten, denen die

Mehrzahl der Andern gefolgt ist, übrigens liegt mir nichts ferner als Anklage wider sie zu erheben: es war historische Notwendigkeit, einer solchen Anschauung zu verfallen, so gut wie es jetzt notwendig ist, bei derselben nicht zu verharren, vielmehr auf den Schultern unserer Vorgänger aus dem Graben wieder herauszusteigen.

Aber das Auseinanderdenken des Gewesenen und des Bestehenden ist schwierig, nach beiden Seiten hin. Hier liegt die Schwierigkeit in der Aufgabe, die Denkweise eines alten Volkes sich anzueignen: wir erfahren davon nicht gerade was uns besonders wissenswert wäre, sondern was Jenen eben mitteilenswert erschien, und ihre Mitteilungen sind auch nicht an uns gerichtet, gar nicht im Hinblick auf uns gemacht; und zudem fehlt uns die zuverlässige wissenschaftliche Ueberlieferung, manches Wort konnte im Munde des Sprechenden ganz andere Bedeutung haben als Hörer und Leser ihm jetzt zunächst beilegen möchten, alles Einzelne ist nur aus dem Ueberblick des gesammten Materials annähernd richtig zu verstehen. Und doch ist auf der andern Seite noch mehr zu tun und der Erfolg noch ungewisser: die eigenen modernen Rechtsgedanken sind meist keine ausgetragenen gliedmässigen Kindlein; sie sind nirgends fertig zu finden, wer sie fassen will, muss sie schaffen helfen. So kommt man häufig in die Lage, den absterbenden Gebilden des veralteten Rechts als Produkte der Gegenwart vorläufig nur Tendenzen gegenüberstellen zu können.

Auf so schlüpfrigem Boden ist Selbstbeschränkung unerlässlich; mit dem Obligationenrecht habe ich mir eher zuviel als zuwenig vorgesetzt. Sie wissen, dass Jahre lang, während die Excerpte ruhig weiter liefen oder auf die alten Plätze zurückkehrten, ich geschwankt habe ob Aktionenrecht oder Obligationenrecht; jenes schien ein volleres Umspannen des Römischen, dieses das tiefere Eindringen in heutiges Recht zu bedingen. Ich bin vielleicht zu sehr Kind der Gegenwart, um dem Reiz, den letztere Aussicht auf mich geübt, dauernd widerstehen zu können. Die "Aktionen", die ich Ihnen hiemit überreiche, sind nicht die Grundlage eines folgenden "Aktionenrechts", sondern das erste Stück des "Obligationenrechts"; den übrigen Stücken ist vorgearbeitet, sorgfältiger und ausführlicher meist als diesen armen Vorläufern.

Ohne historische Einleitung konnte ich mein Obligationenrecht nicht ausgehen lassen. Fraglich nur, ob ihr fünf oder fünfzig oder fünfhundert Bogen einzuräumen waren, und ob dieselbe im Buchhandel als Teil des Ganzen oder als Werk für sich erscheinen sollte. Für den Umfang ist neben individuellen Neigungen die Rücksicht auf das Mass des nachfolgenden Obligationenrechts bestimmend gewesen, für die Selbständigkeit der Zustand unserer Literatur. Es schien mir, dass eine Durchmusterung der Römischen Rechtsinstitute vom Aktionenstandpunkt aus in manche Lücke zweckmässig eingreifen könne; auch besorge ich nicht dass das O. R. ohne diese Beigabe zu dünnleibig ausfallen wird.

Der innere Zusammenhang von *actio* und *obligatio* im Römischen Recht ist noch nicht allgemein erkannt. *Obligatio* in seiner regelmässigen technischen Bedeutung bezeichnet den Zustand des Gebundenseins, der aus dem Dasein einer *actio* wider den Gebundenen entspringt: die *actio* ist das bindende, das obligirende Etwas, "*actione teneri*" und "*obligatum esse*" sind identisch. Die *obligatio* ist also ohne Wissen von der *actio* nicht zu begreifen. Die *actio* aber ist nicht die "Klage" unseres Rechts, sie ist überhaupt eigentlich kein Gebilde unseres Rechts, obschon ihr Schatten darin umgeht und noch längere Zeit wird umgehen müssen. Der Beweis der Negative ist leicht geführt, dass der Begriff der *actio* aber nicht auf den ersten und auch auf den zweiten Angriff nicht gleich zu fassen ist, das haben die verdienstlichen Arbeiten von Windscheid und von Muther zur Genüge dargetan. Man wird die einzelnen Hauptformen zu durchmustern haben, um hiernach zur Abstraktion des allen gemeinsamen Wesens zu gelangen. Diese Zusammenstellung der wichtigeren Aktionsarten ist hier meine Aufgabe.

Sicher wäre es töricht, wenn ich, was Resultat der auf diese Vorarbeit folgenden Arbeit sein soll, den Beweis der Richtigkeit meinen eigenen Ansichten von *actio* und *obligatio* als Einleitung der Vorarbeit voraufzuschicken unternähme. Beiläufig möchte ich Sie erinnern an eine, sagen wir, Schrulle, über die Sie schon öfters bedenklich den Kopf geschüttelt, ohne dass ich von ihr loszukommen vermöchte. Wer neue Ansichten aufstellt, meine ich, habe gar nicht die Pflicht ihre Richtigkeit zu erweisen, er soll nur was er denkt klar und bestimmt

vortragen, dass Andern über die Grenzen der Neuerung keine Zweifel bleiben, und dann etwa noch andeutungsweise hinzufügen, auf welchem Wege er selber zu der Ueberzeugung gelangt ist; damit hat er übrig genug getan. Die Andern zu überzeugen, das ist nicht seine, sondern der Andern Sache, und wenn sie vom Richtigen unüberzeugt bleiben, so ist das nicht sein, sondern auch wieder der Andern Schaden. Erwarten Sie also überall keine ängstlich besorgten Deduktionen; ich wünsche durchaus nicht dem Leser die Mühe selbständiger Urteilsbildung zu sparen, und frage wenig nach Zustimmung, die keinen andern Boden hätte als meine eigenen Ausführungen.

Desto unerlässlicher aber scheint mir die Präzisirung neuer Anschauungen: der Autor soll sein Publikum in die Lage bringen, zu übersehen worüber zu urteilen sein wird, die Frage muss spruchreif gestellt werden. Auch dies kann für meine Aufgabe vollständig erst später geschehen, doch glaube ich schon an dieser Stelle einen Abriss geben zu müssen. Denn so sehr ich mich bemüht habe, die Darstellung der Aktionen objektiv zu halten, so konnte ich doch nur darstellen was ich gesehen, und sah eben mit meinen Augen. Schon die Verständlichkeit der Ausdrucksweise wird eine Erläuterung heischen.

"*Obligatio*" also und "*actione teneri*" bezeichnen beide dasselbe Verhältnis, das, näher betrachtet darin besteht, dass Einer vom Andern zur passiven Klagübernahme gezwungen werden kann ("*cogitur iudicium suscipere*"). Wer freiwillig für einen Andern die Klage übernimmt, ist bis dahin nicht *obligatus*, wol aber der Fidejussor und der Konstituent, desgleichen der *paterfamilias* oder *dominus* wo die *actio de peculio* oder eine andere adjektizische Klage begründet wäre; "*obligat institor*", da er durch seine Handlungen die *actio institoria* ins Leben ruft. Eine Person kann nur durch eine *actio in personam* gebunden werden, da "*in rem actionem nemo suscipere cogitur*". Wol aber mag die *actio in rem* führen zur *rei obligatio*, denn an der Sache haftet diese *actio* so fest, wie die *a. in pers.* an der Person, die Sache ist unweigerlich gebunden durch den Aktionszwang. Warum doch nicht bei jeder Vindikation, sondern nur bei der aus Pfandbestellung, das Verhältnis zur Sache als *rei obligatio* bezeichnet wird, das hat wahrscheinlich einen geschichtlichen Grund: die andern Vin-

dikationen waren älter als die Ausbildung des Obligationenbegriffs, das ihnen entsprechende Verhältnis hat mit dem "*res mea est*" "*res Auli Agerii*" bereits eine wohl geeignete technische Bezeichnung erhalten. Auf die als Pfand zu vindizirenden Sachen passte, wo keine Fiducia bestellt war, der Ausdruck "*res mea*" durchaus nicht; desto angemessener mochte das "*res obligata*" erscheinen, um so mehr als es sich dabei ganz wie bei den persönlichen Obligationen um Zwang zum Schutz von etwas zu Leistendem handelte. Aber mehr als dies, dass die Sache gebunden und zwar durch *actio* gebunden sei, besagt der Ausdruck nicht, namentlich sind die Römer nie darauf verfallen, dass die obligirte Sache verpflichtet sei zu dem ihrer Natur nach unmöglichen Handeln. Allerdings geleistet sollte werden, das ist die im Hintergrund liegende Absicht, und gezwungen wird die Sache, aber nicht zum Leisten, sondern zum Leiden von dem, was dem Zwingenden eventuell Ersatz für das Ausbleiben der Leistung geben mag. Ebenso wie bei der persönlichen Obligation der nächstliegende Gedanke nicht der ist, dass die gebundene Person übrigens etwas leisten solle, sondern nur dass sie gezwungen werden könne die *actio* zu übernehmen, die möglichesfalls auch ohne Inhalt ist. Mit dem Kontraktschluss bei Societät und Mandat und mit dem Quasikontraktschluss bei Tutel ist allemal *actio* und *obligatio* sofort existent, obschon es wohl sein kann, dass bis auf Weiteres der Obligirte noch nichts zu leisten hat.

Ist das bindende Element aber keine *actio*, so ist auch der Zustand des Gebundenseins eigentlich keine *obligatio*, nur abusiv konnte der Name hierauf ausgedehnt werden. Es gibt nicht zwei Hauptarten von Obligationen, civile und naturale, alle echten Obligationen sind Civilobligationen, die unechten sind Nichtobligationen, die nur der Aehnlichkeit wegen "Naturalobligationen" genannt werden. Die Aehnlichkeit besteht in dem Dasein des rechtlichen Zwangs, der hier aber nicht mittels direkter *actio* durchzuführen ist. Fehlt der Zwang ganz, so fällt diese Aehnlichkeit weg, und es bleibt auch keine Naturalobligation bestehen, "*remanet propter pignus naturalis obligatio*". Ob der Ausdruck *naturalis obligatio* ausnahmsweise auch auf anders geartete Verhältnisse angewendet worden, und warum derselbe niemals zur Bezeichnung gewisser,

wesentlich gleichartiger Verhältnisse benutzt worden zu sein scheint, sind weniger erhebliche, ohne Detailprüfung nicht gut zu erledigende Nebenfragen.

Bisher ist alles, wenn nicht klar, doch einfach; denn die Klarheit ist freilich nur mit Heranziehung des Begriffs der *actio* zu gewinnen, und bei dem hört das Einfache auf. Hier zeigt sich die Schwierigkeit, zugleich aber auch die Notwendigkeit, moderne und Römische Rechtsanschauungen auseinanderzuhalten. So verschieden man sonst darüber denken mag, die Obligation ist nach unserer Anschauung etwas einheitliches, eine Art des subjektiven Privatrechts. Auch die Römische *obligatio* ist etwas einheitliches, das unter den Römischen Begriff des subjektiven Privatrechts subsumirt werden mag, wenngleich derselbe von den Römern noch weniger fertig ausgedacht worden ist als von uns. Aber unsere Obligation und die Römische *obligatio* decken einander nicht, im modernen Begriff liegt etwas, das in dem klassischen nicht mitenthalten ist. Die Obligation, sagte ich, ist ein Recht: ein Recht einer Person (des Gläubigers) wider eine andere Person (den Schuldner) auf Leistung; darin dass wir das Verhältnis als Recht bezeichnen, liegt die eventuelle Möglichkeit eines öffentlichen (staatlichen) Zwanges. In der *obligatio*, dem *actione teneri*, liegt, wie schon oben bemerkt, nur das Gezwungenwerdenkönnen, das Müssen, nicht die Verpflichtung zur Leistung, das Sollen, das unsere Obligation mitumschliesst, ja das uns als das eigentliche primäre Element derselben erscheint. Ein Sollen das der Staat anerkennt wird damit, durch seinen Schutz zum Müssen. Die *actio* aber, und mit ihr, als unmittelbare Folge ihres Daseins, die *obligatio* hat mit diesem Sollen, dem Leistensollen nichts zu schaffen, sie zwingt zur Uebernahme des Judicium, mag ein Leistensollen dasein oder nicht dasein. Daher dieser Begriff des Leistensollens, der sehr wohl auch ohne *actio* existiren kann, als ein zweiter neben den Aktionsbegriff hintritt. Ein technischer Namen, oder sonst ein feststehender Ausdruck zur Bezeichnung des Verhältnisses, hat sich in Rom nicht entwickelt; ich werde das Wort "Anspruch" in diesem Sinne benutzen. Demnach behaupte ich, dass in der Römischen Anschauung Aktion und Anspruch zusammen so ungefähr den Raum ausfüllen, den bei uns die einfache Obligation einnimmt.

Widerspruch gegen diese Behauptungen wird kaum ausbleiben können. Einige Einwände liegen auf der Hand; wenn wirklich die Römer regelmässig statt mit einem einzigen, mit zwei ineinander greifenden Begriffen, *actio* und Anspruch, operirt hätten, so sei es höchst auffällig, dass dieser Dualismus trotz gründlichster Durchforschung der Quellen nicht früher schon bemerkt worden; noch auffälliger aber, dass er den Römern selbst nicht recht ins Bewusstsein gekommen zu sein scheine, da sie sonst wol eine passende technische Bezeichnung für beide Elemente gefunden haben würden. Man möchte meine Auffassung ironisch der Entdeckung eines Doppelsterns vergleichen, dessen einer lichtloser Theil sein Dasein uns nur in dem Einflusse kundgibt, den er auf das andere leuchtende Sternstück ausübt, und hinzufügen dass für derartige, alles eigenen Lichtes bare Existenzen in der Rechtswelt überall kein Raum sei.

Solchen Bedenken habe ich mich keineswegs verschlossen. Dass aber den Römern die technische Bezeichnung fehlt, darauf darf nicht allzu viel gegeben werden. Ich habe nicht gesagt, dass was ich „Anspruch" nenne, sie überhaupt nicht zu bezeichnen wüssten, ihnen fehlt nur ein gleichmässig durchgehender Ausdruck, der Anspruch tritt bald unter einem bald unter dem andern Namen [1]) auf. Aehnlichen Erscheinungen begegnen wir in der römischen Rechtssprache häufig; dasselbe Wort hat oft sechs und sieben verschiedene technische Bedeutungen neben einander (*ius*, *causa*, *res*, *lex*, *familia*, *ius ciuile*, *actio utilis*, *directa* u. s. w.), und wieder sind den Römern durchaus nicht alle diejenigen Begriffe ganz abzusprechen, zu deren Bezeichnung sie niemals einen ständigen Ausdruck gefunden haben, beispielsweise dingliches und persönliches Recht, natürliche und civile Früchte, Pertinenzen, Legalinterpretation u. a.

Sodann ist dieser römische Dualismus (auf den ich selber in der Krit. Vschr. V. 407 hingewiesen) auch von anderen

---

1) Beispielsweise "*res qua de agitur*", "*id de quo agitur*", "*quod persequimur iudicio*", "*quod uenit in iudicium*" und mehre dergleichen, von denen keiner zur ausschliesslichen Herrschaft gelangt ist, jeder bei Gelegenheit auch etwas Anderes bezeichnen kann. Insbesondere lieben die Römer denselben Ausdruck auf das den Anspruch erzeugende Ereignis und auf den erzeugten Anspruch anzuwenden, was man der Zweideutigkeit von *stipulatio* und *obligatio* und der Dreideutigkeit von *condicio* vergleichen könnte.

Neueren schon bemerkt worden, nur dass dieselben ihre Bemerkung dann nicht weiter verfolgen mochten. Z. B. Savigny (Obligationenr. I. § 23 f.) bei der Frage nach dem Regress der Korrealschuldner anerkennt die in der den Regress allgemein bejahenden Meinung enthaltene Wahrheit, doch müsse diese Wahrheit auf ihr richtiges Mass beschränkt werden; die Zulassung des Regresses erscheine nicht eigentlich als praktisch gültige Regel, sondern vielmehr als gestellte Aufgabe, die nur durch die konsequente Anwendung anderer selbständiger Rechtsregeln befriedigend gelöst werden könne;

> unsere wahre Aufgabe geht im Sinne des Römischen Rechts dahin, ein bestimmtes, an sich begründetes Klagrecht aufzufinden, wodurch der Anspruch auf Regress zu schützen ist.

Folgt dann eine Untersuchung der etwa zulässigen Aktionen: *pro socio*, *mandati*, *negotiorum gestorum directa* oder *utilis*, cedirte Klage des Gläubigers. Das ist im Wesentlichen die selbe Unterscheidung, für die ich eintrete und fast mit denselben Worten: "Anspruch" und "Klagrecht (= *actio*)". Noch näher kommt mir Bethmann Hollweg (Civ. Pr. II. 729): "In den meisten dieser Fälle wird durch die vom Prätor erzwungene Stipulation dem Imploranten zwar eine neue Actio verschafft, aber doch nur zur Sicherung eines bereits ihm zustehenden oder von ihm erwarteten Anspruchs." Ich wüsste kaum dies nach meiner Terminologie anders auszudrücken, auch nicht die hier vorkommendsn Ausdrücke "Actio" und "Anspruch" anders als auf meine Weise zu deuten. Aehnlich stimmt mit meiner Definition der *actio* überein Windscheid (Actio 3): "Die Befugnis, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen"; der dann nur die dunklere Hälfte des Römischen Systems nicht genügend durchforscht, und darum mit seiner Annahme über einfache Gebilde nicht hinauskommt. Annähernd auch Scheurl (Kr. Vschr. II. 43 f.).

Aber ohne Erkenntnis des Römischen Dualismus sind die modernen Anschauungen und die Römischen nicht auseinanderzuhalten. Windscheid sagt (a. a. O.), für das heutige Rechtsbewusstsein sei das Recht das Prius, das Erzeugende, die Klage das Spätere, das Erzeugte; unsere Rechtsordnung sei wirklich eine Ordnung der Rechte, bei den Römern aber trete in der vorherrschenden Auffassung die Aktion an Stelle

des Rechts, die Rechtsordnung gebe dem Individuum die Aktion als etwas Ursprüngliches, Selbständiges, mittelbar aber eben durch die Aktion Rechte, sie sei die Ordnung nicht sowol der Rechte als der gerichtlich zu verfolgenden Ansprüche. Aber wenn aus dem Dasein des Rechts stets die Befugnis der Rechtsverfolgung (*actio*) folgt, und wenn umgekehrt die *actio* (Verfolgungsbefugnis) stets zur Existenz eines Rechts führt, dann ist es nur ein Unterschied im Ausdruck, nicht in der Sache, ob die Rechtsordnung sagt: "da hast du Aktion"; oder: "da hast du Recht"; denn der Angesprochene hat beidemal beides, Aktion und Recht einmal, Recht und Aktion das andremal. Ich meine aber, es bestehe zwischen der modernen und der Römischen Auffassung auch ein sachlicher Unterschied. "Recht" ist leider noch immer ein sehr vieldeutiger Ausdruck, doch kann man schon sagen, dass die Römer Aktionen gehabt haben, die dem normalen Vollbegriff unseres Rechts nicht entsprechen, und wieder, dass ihnen durch Aktionen nicht geschützte Verhältnisse bekannt gewesen, die von uns gleichwol unter die Rechte zu stellen sind.

Sie selber, verehrtester Freund, wollen (Symbolae Bethm. Hollw. obl. 50, 51) Windscheid emendiren: wenn er sage (Pand. I. § 44, N. 6) "man hatte ein Recht weil man *actio* hatte, aber nicht *actio* weil man ein Recht hatte", so sei das für das Civilrecht ebenso unrichtig wie für das prätorische Recht richtig. Verstehe ich Sie recht, so haben Sie dabei den Unterschied des "*familiam habeto*" und "*bonorum possessionem dabo*", das "*dupli poena esto*" und "*in duplum iudicium dabo*" im Auge (vgl. v. Holtzendorff, Encyclopädie I. 65, 66). Auch Sie scheinen mir hiernach bei einem äussern Unterschiede stehen zu bleiben, während doch ein innerer existirt. Wenn nun in den Zwölftafeln irgendwo stünde "*in duplum iudicium esto*", wie ähnliches "*de ea re ius dicito decernito*", "*iudicium dabo*", "*iudicium iudicati litisque aestimatio hac lege esto*", wenn nicht in den Zwölftafeln, doch in andern Gesetzen der republikanischen Periode erweislich gestanden hat, oder wie die Kaiser häufig sagen "*praeses prouidebit*" und anderes dergleichen, wohin sollten wir das stellen? Heisst nicht "*poena esto*": "klagbar zu verfolgende Poen soll sein"? und "*iudicium esto*" oder "*iudicium dabo*": "dir soll durch das *iudicium* Duplum, oder wie viel sonst es ist werden, *poenae nomine* oder aus einem andern

Rechtsgrunde"? Und ferner, wenn nun der Prätor der andern Ausdrucksweise sich befleissigt, imperativisch bestimmt "*exhibeas*" "*restituas*", fällt er da vielleicht aus der bisherigen Rolle? Gibt er hier erst Recht und um des Rechts wegen *actio*? — Doch misverstehen wir uns nicht: nach meiner Ansicht ist Richtiges an Windscheids wie an Ihrer Behauptung, Windscheid hat einen zwischen dem heutigen und dem Römischen Recht vorhandenen Unterschied, Sie einen solchen zwischen altcivilem und prätorischem Recht herausgefunden, alle beide aber haben Sie sich zu früh beruhigt, bevor das Wesen dieser Verschiedenheiten unverkennbar klar gestellt war.

Versuchen wir nun einen Schritt weiter zu gehen, so wird die nächste Aufgabe sein, das Begriffspaar *actio* und Anspruch genauer, jedes für sich und in seinem Verhältnis zum andern zu bestimmen. Was dabei die Teilbarkeit des uns in einheitlicher Gestalt geläufigen Gedankens im Allgemeinen anlangt, ohne Berücksichtigung der eigentümlich Römischen Zerlegungsweise, so nehmen wir als Ausgangspunkt den gangbaren Satz: dass (subjektives) Recht sei, was das (objektive) Recht anerkenne und schütze. Dass "anerkennen" und "schützen" nicht identisch, wird nicht erst zu beweisen sein. Wie steht es also mit dem, was das objektive Recht zwar anerkennt aber nicht schützt? oder existirt Derartiges, an sich Denkbares in Wirklichkeit nirgends? Und nun substituire man, wie das ja auch landläufig ist, dem objektiven Recht einmal den allgemeinen Volkswillen oder die Volksüberzeugung: diese wird sicher Manches anerkennen, was sie einstweilen noch nicht zu schützen vermag. Wer das läugnete, würfe die ganze Theorie von Bildung der Gewohnheitsrechte aus den Ueberzeugungen des Volks in das Wasser.

Recht und Recht ist offenbar zweierlei, das Recht das der Staat als das seine angenommen hat, und das Recht das die Volksüberzeugung sich bildet. Jenes hat vor diesem die Handgreiflichkeit voraus, welche ihm die Publikation oder die konstante Uebung verleihen; zudem kann nur der Staat das Recht schützen, die Volksüberzeugung für sich hat für den Zweck keine Organe. Aber trotz der mangelnden Festigkeit und der Schutzlosigkeit dieses Ueberzeugungsrechts ist das Dasein desselben nicht zu verleugnen, jede gesunde Fortbildung des staatlichen Rechts beruht auf seiner Erkenntnis.

Und ebenso wie bei der legislatorischen Tätigkeit kann der Staat, wenn er will, auch bei seiner Rechtsprechung dem Ueberzeugungsrecht praktische Bedeutung verleihen, und er tut dies, bewusst oder unbewusst, wenn er Geschworene, Nichtjuristen zum Richteramt beruft. Damit erhält das Ueberzeugungsrecht allemal einigen Schutz, der freilich einstweilen ebenso unsicher und schwankend erscheint, wie die Ueberzeugungen selber.

Auch die Römischen Geschworenen, *iudices arbitri recuperatores* haben sich vielfach zum Organ der Volksüberzeugung gemacht, nicht im Widerspruch zu dem ihnen von staatswegen gewordenen Auftrage. Bei der *a. in rem* haben sie zu entscheiden, welche Tatsachen das *rem Ai. esse ex iure Quiritium* begründen, bei der *a. in personam*, woraus ein *dari oportere* entspringt. Wer behaupten wollte, für beides habe es anfangs eine fest abgeschlossene Zahl von Entstehungsgründen gegeben, der übersieht, dass die Mannigfaltigkeit der im Leben auftauchenden Fälle zu keiner Zeit in fest abgeschlossene Klassen untergebracht werden kann, und dass die fortschreitende Rechtsentwickelung niemals einem einfachen Additions- und Subtraktionsexempel zu vergleichen ist. Jedes Recht beginnt mit vagen Begriffen, die Grenzen derselben mögen noch unbezweifelt sein, aber sie sind darum nicht scharf und klar; erst die praktische Erfahrung tut die Unsicherheit der bisherigen Abgrenzung kund, demnächst erwachen die Zweifel als Vorboten genauerer und besserer Bestimmungen. Worüber spätere Zeiten geteilter Ansicht sind, darüber hatten die früheren regelmässig nicht Eine, sondern gar keine Meinung. Wir werden im Verlauf dieser Ausführungen wiederholt Gelegenheit haben, Beispiele, an denen kein Mangel ist, eingehend zu erörtern; und was ich behaupte, steht im vollen Einklang auch mit der eigenen Auffassung der Römer, die häufig die *res iudicatae* als eine der wichtigsten Quellen des positiven Rechts anführen.

Aber jede Reihe von Judikaten muss einmal mit einem ersten Judikat begonnen haben, und der Richter von dem dieses ausging, der hatte für seinen Spruch noch kein aus der Gewohnheit kenntliches Recht, noch weniger ein publizirtes, sondern lediglich die Volksüberzeugung, oder genauer sein eigenes Scheinen und Meinen von dem Dasein einer solchen. —

Beiläufig mag bemerkt werden, dass auch andere Richter (Nichtgeschworene) in die Lage kommen können, in Ermangelung erfindlicher Gewohnheiten oder Gesetzesbestimmungen, dasselbe Scheinen und Meinen ihren Sprüchen zu Grunde legen zu müssen, doch wird es nicht erst des Nachweises bedürfen, wie sehr die Heranziehung der nicht gelehrten, durch kein amtliches Band mit dem Staat verknüpften Richter die Entwickelung des werdenden Rechts im Gegensatz zum gewordenen fördert.

Ebenso ist das Geschworeneninstitut angetan, einen andern Gegensatz aus seinem Versteck zu ziehn. Jeder funktionirende Richter hat sich zwei Fragen vorzulegen: "gehört diese Sache vor dich?" und nach deren Bejahung: "wie hast du sie zu entscheiden?" Auch bei dem nichtgeschworenen Richter können beide Fragen deutlich auseinanderfallen; viel häufiger aber werden dieselben ineinander aufzugehn scheinen, oder vielmehr die Prüfung der ersten wird diesem Richter so wenig Arbeit machen, dass er jede ausdrückliche Beantwortung überflüssig achtet, die Entscheidung in der Sache selbst involvirt die Bejahung der eigenen Kompetenz. Geschworene aber können sich weder selber berufen, noch vor der Berufung irgend wie als Staatsorgane wirken; ihrer entscheidenden Tätigkeit muss stets die berufende Tätigkeit anderer Beamteter irgend einer Art vorangehn. Diese Anderen haben zuerst zu befinden, "ob die Sache vor die Geschworenen gehört", die Geschworenen danach, was weiteres dem Rechte gemäss ist. Die Entscheidung der beiden Fragen kann hier gar nicht zusammenfallen, niemals eine in die andre aufzugehn auch nur scheinen.

Mit diesen Betrachtungen sind wir in der Nähe unseres Ziels angelangt. Der Gegensatz der Fragen

wann ist ein *iudicium* einzusetzen?

und

was hat das eingesetzte *iudicium* zu prüfen?

berührt sich mit dem Gegensatz von *actio* und Anspruch. *Actio* ist das Recht, das bei Bejahung der Frage, ob *iudicium* zu geben als vorhanden anzunehmen ist, Anspruch, was der eingesetzte *iudex* anzuerkennen berufen ist. Bedenkt man, dass nach Römischem Prozessgebrauch die beiden Fragen zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Stellen (*in iure* —

in iudicio) und von verschiedenen Personen (Magistrate — Richter) entschieden wurden, so ist nichts Wunderbares dabei, dass auch die Theorie dieselben streng auseinanderhielt, unter Umständen eine *actio* annahm, unbekümmert darum ob auch Ansprüche vorhanden, die damit durchgeführt werden könnten, und wieder Ansprüche anerkannte, unbekümmert ob auch eine *actio* vorhanden, mit der sie durchzuführen wäre. Mit dieser wechselseitigen Unabhängigkeit in der Theorie verträgt sich sehr wohl, dass doch oft dieselben Ereignisse *actio* und Anspruch zugleich zeugen. Aus Einer Tatsache entstehen dann zwei Grössen, die in ihrem weiteren Bestehen keineswegs unlösbar an einander geknüpft sind, die Aktion kann fortbestehen und der Anspruch erlöschen, oder auch der Anspruch bestehen bleiben und die Aktion untergehen. Ueberhaupt ist es geradezu unmöglich, aus Anspruch und Aktion ein einiges und unlösbares Ganzes zu machen; es gibt keinen Anspruch, dem nicht entweder statt der oder zu der, die er schon hat, eine andere Aktion geschaffen werden könnte, ebenso ist die grosse Mehrzahl aller Aktionen angetan, zu den Ansprüchen die sie eben umschliessen, noch andere in sich aufzunehmen.

Daneben ist aber auch die Zusammengehörigkeit von Aktionen und Ansprüchen nachdrücklichst hervorzuheben. Jede Aktion ist einerseits geknüpft an bestimmte Voraussetzungen, unter denen allein sie gegeben werden darf, andererseits ist sie auch nur befähigt, bestimmte Ansprüche in sich aufzunehmen; die Grenzbestimmung auf der einen wie auf der andern Seite mag unklar, breit und stellenweis verschwimmend sein, fehlen kann sie nirgends. Und wenn ich aus einer *stipulatio Aquiliana*, statt zu acceptiliren, klagen wollte, in die Klage könnten doch nur Ansprüche kommen, die ich Stipulator wider den Promittenten bei dem Versprechen bereits irgendwie besessen hätte. Jede Aktion hat ihr Gebiet, nur die auf diesem Gebiet erwachsenen Ansprüche können ihr zukommen; aber leicht möglich, dass die Gebiete verschiedener Aktionen einander schneiden oder decken, oder dass das eine ins andere gänzlich eingeschachtelt wäre, wo selbstverständlich dieselben Ansprüche mit verschiedenen Aktionen verfolgt werden könnten. Dieselben Sachen können von verschiedenen Seiten in Angriff genommen werden: welche Ansprüche fallen in eine gegebene Aktion? in welche Aktion

fällt ein gegebener Anspruch? Ich wiederhole, dass bei beiden Fragen die Antwort lauten kann auf eins, auf mehre, auf keins; und dass auch wenn in die Aktion kein Anspruch, oder wenn der Anspruch in keine Aktion fiele, damit über die Existenz von dieser Aktion oder von diesem Anspruch nicht abgesprochen wäre.

Und was ist *actio* nach alledem?

Ein Rechtsverhältnis zwischen drei Beteiligten, dem Aktivsubjekte dem Passivsubjekte und dem Magistrat. Wider letzteren ein Recht publizistischer Natur, also ohne geregelten Zwangsmodus, ein Recht auf Einsetzung eines Judicium, Gewährung von Judex und Formel; wider den Passivbeteiligten auf Uebernahme des Judicium, d. h. auf die zum Zustandekommen desselben erforderliche Mitwirkung, und in dieser Richtung ist die *actio* ein echtes privates und also erzwingbares Recht.

Und was ist Anspruch?

Ein Rechtsverhältnis wieder zwischen drei Beteiligten, Aktivsubjekt Passivsubjekt und Richter. Wider den Richter publizistisch unerzwingbar (wol dass er urteile, aber nicht dass er meinen Ansprüchen gemäss urteile, könnte ich erzwingen), gerichtet auf Anerkennung, eventuell auf Umsetzung in den entsprechenden Geldbetrag, meines Verhältnisses zum Passivsubjekt; wider das Passivsubjekt ein Recht auf irgend eine Leistung, ein privates erzwingbares Recht, und zwar dergestalt erzwingbar, dass wenn erstlich das Passivsubjekt nicht vorher leisten sollte, und wenn zweitens der Richter pflichtgemäss erkennt, die Leistung, oder aber ein angemessenes Surrogat derselben, unter staatlicher Autorität oder gar unter staatlicher Mitwirkung beizutreiben sein wird.

Bedingung also der rechtlichen Erzwingbarkeit eines Anspruchs: dass ich eine Aktion habe, in welche dieser Anspruch fällt. Bedingung des Erfolgs einer Aktion: dass ich die Ansprüche habe, die in dieselbe fallen. — Ob übrigens diese Definitionen genau zutreffen bei allen Aktionsspezies, namentlich inwieweit die ältesten und die jüngsten von den klassischen

Normalbildungen abweichen, das wird im Verlaufe dieser Untersuchungen eingehend zu behandeln sein.

Nehmen wir die gegebenen Begriffsbestimmungen einstweilen als richtig an, so war die Zahl der Aktionen an irgend einem Zeitpunkt der klassischen Periode abgeschlossen nicht sowol durch das positive Recht im engen Sinne, als durch das jedesmalige prätorische Edikt; aber auch dieser Abschluss war kein ganz fester, der Prätor konnte *in factum* auch nichtediktsässige Aktionen geben. Für die Zahl der Ansprüche gab es gewisse Regeln des positiven, namentlich des fertigen Gewohnheitsrechts (*ius receptum*), aber der Richter konnte diese Grenzen auch überschreiten, Ansprüche anerkennen, die bisher als rechtliche im engern Sinne noch nicht anerkannt waren, und im Augenblicke nichts für sich hatten als die Volksüberzeugung, wie diese er selber oder ein ihn beratender Rechtsgelehrter als vorhanden annahm.

Auf Schritt und Tritt zeigt sich die diametrale Verschiedenheit der Römischen Rechtshandhabung von der in unserer Gegenwart; nichts natürlicher, als dass auch die Rechtsbegriffe andere geworden. Wir haben keine Prätoren mehr, welche die Aktionen unter Verschluss halten, und keine Judices, die, gestützt auf den Beistand der Jurisprudenz, das Gebiet der Ansprüche beliebig zu erweitern vermöchten; und damit zugleich ist uns auch der begriffliche Unterschied von Aktion und Anspruch abhanden, wenigstens aus dem Bewusstsein gekommen. Zu schildern, was an die Stelle getreten ist, ein eigentümliches Gemisch von Folgesätzen, denen die Grundlagen halb oder ganz entzogen sind, und von Ansichten und Meinungen, denen meist noch die innere Durcharbeitung fehlt und die ausnahmslos nirgends konsequent in das Leben eingeführt sind, also auch noch keine Gelegenheit haben, in der Praxis sich zu bewähren oder zu verbessern, das behalte ich mir vor bis zu den Schlussbetrachtungen. Erst dort wird sich ermessen lassen, wieweit die Behauptung wahr ist, dass die Römer ein System der Aktionen besessen haben, wir aber ein System der Ansprüche oder der Rechte besitzen. Ebenso empfielt sich, den Gegensatz der civilen und der honorarischen Rechtsbildung erst nach Durchmusterung der Einzelheiten allgemein zu fassen. Was ich unter "*actio*" und unter "Anspruch" verstehe und verstanden wissen

will, das wird hoffentlich soweit klar[2]) geworden sein, um mich beim weiteren Gebrauch dieser Wörter vor Misdeutungen sicherzustellen.

Dass ich aber bei der Begriffsbestimmung wol nicht ans Ziel gelangt, aber doch auf dem richtigen Wege vorgegangen bin, das würde ich von Ihnen am liebsten anerkannt sehen.

---

[2]) Zur bessern Erläuterung verweise ich noch auf den Artikel "Ueber das Verhältnis von *actio* zu *obligatio*" in der Zschr. f. R. G. IX., S. 366 f.: die Argumentation ist dort zur Ergänzung dieser historischen Ausführungen überwiegend sprachlich gehalten.

I. KAPITEL.

MANUS INIECTIO.

Unser Wissen von den Römischen Aktionen geht nicht viel über die Zwölftafeln zurück, und treibt bald zum Konflikt mit einem unserer besten Gewährsmänner. Trotz Pomponius (Fr. 2 de O. I. 1, 2[1])) müssen wir annehmen, dass die Legisaktionen nicht erst in Folge der Zwölftafeln eingeführt wurden. Den Rechtszustand vor den Zwölftafeln kann man nicht so unfertig denken, dass ihm die Aktionen ganz gemangelt hätten, und wieder spricht nichts dafür, dass die Dezemviralgesetzgebung ältere Aktionsarten aufgehoben und durch neue ersetzt haben sollte. Unter den für das Zwölftafelrecht bezeugten Legisaktionen aber sind Sakrament und Manusinjektion die wichtigsten; beide haben wir als Elemente auch der früheren Rechtspflege zu betrachten.

Ueberhaupt wird es unabweislich, mit Hypothesen in das Vortafelrecht zurückzusteigen, schon um den für die folgen-

---

[1]) § 5. *his legibus latis coepit . . . necessariam esse disputationem fori . . .* § 6. *deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent; quas actiones &c.* — Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass, wenn wir von der Sache nichts wüssten, als was mit diesen Worten gesagt ist, wir dieselben dahin auslegen müssten, dass sämmtliche Legisaktionen erst im Anschluss an die Zwölftafeln erfunden worden. Jetzt scheint uns die andere Auslegung ebenso gewis, dass Pomponius überhaupt nicht von den *genera*, sondern von den *species actionum* gesprochen habe, welche zum grössern Teile erst nach den Zwölftafeln geformt sein mögen. Die Bemerkung ist nicht ganz unwichtig, weil sie Anhalt gibt für Auslegung anderer historischer Notizen bei Römischen Juristen.

den Zeiten unentbehrlichen Vermutungen grössere Anschaulichkeit zu verleihen.

Da liegt die Frage nahe, nach dem Verhältnis von Sakramentsprozess und Manusinjektion zu einander in der alten Zeit. Wir wissen, dass unter gewissen Voraussetzungen Ein Prozess durch die beiden Verfahren hindurchzuführen war, um zum endlichen Abschluss zu gelangen. Will man nun diese Verbindung nicht als Produkt späterer Entwickelung gelten lassen, so muss von drei Anfangszuständen einer angenommen werden: entweder Sakrament und Injektion sind gleichzeitig erdacht, für einander uranfänglich als zwei Stücke eines und desselben Verfahrens; oder die Manusinjektion ist die ältere gewesen, sie hat eine Zeit lang allein bestanden, und der Sakramentsprozess ist im Hinblick auf sie eingeführt worden; oder das Sakramentsverfahren ist von früherem Datum, und die Manusinjektion später zu seiner Kräftigung und Beschleunigung hinzu erfunden.

Wider die erste Vermutung spricht das Meiste: alle Fälle der Manusinjektion, die kein Sakramentsverfahren voraussetzen, und alle Fälle der Sakramentsanwendung, welche die Manusinjektion, ohne Beihülfe von draussen herantretender Elemente, nicht nach sich ziehen. Oder man müsste ein ganz eigentümliches Ereignis supponiren, das die ursprüngliche Einheit des Verfahrens zerrissen und den Römern die Ueberzeugung beigebracht hätte, dass jedes der beiden Trennstücke auch für sich allein gebraucht werden könne. Dennoch bliebe unerklärt, warum die *m. i.* dem Sakramentsverfahren bald vermittelt, bald unmittelbar folgt, und weshalb auch bei den Fällen dieser letztern Art späteren Zeiten das Bewusstsein der ursprünglichen Einheitlichkeit völlig abhanden gekommen.

Es bleibt also nur die Alternative: entweder die *m. i.* ist der *s. a.* wegen, oder umgekehrt, die *s. a.* wegen der *m. i.* erfunden und eingeführt worden. Die Mehrzahl dürfte in der Gegenwart noch für das Entweder sich entscheiden, trotzdem die besseren Argumente[2]) für die zweite Hypothese zu sprechen scheinen.

---

[2]) Ich glaube aber doch hiermit keineswegs eine völlig neue Ansicht aufzustellen, und erkenne namentlich Ihering (Geist 2. Aufl. I. 150 f.) mit Vergnügen als Vorgänger an; auch Bethmann-Hollweg (Civ. Pr. I. § 30) nähere ich mich. Eine Meinungsgemeinschaft wird aber hieraus nicht zu folgern sein, und je zwei von uns dürften sich energisch weigern, weiter als die eigenen

Von diesen fallen zumal folgende in die Schale:

Einmal, die überhaupt altertümlichere Gestalt der Manusinjektion[3]).

Zweitens: die *m. i.* stützt sich, soweit wir ihr Formular kennen, und danach vermutlich überall auf die Behauptung von Tatsachen:

quod tu mihi iudicatus, s. damnatus, es HS. XM,
quando non soluisti . . . .
nominata causa ex qua agebat — (Gai. IV. 21, 24);

die *s. a.* dagegen auf die Behauptung von Rechten, "*aio te dare oportere*", "*hominem meum esse aio ex iure Quiritium*". Man müsste eine seltsame Geistesentwickelung bei den Römern voraussetzen, um anzunehmen, dass sie ihren Richtern früher Rechts- als Tatfragen vorgelegt, oder dass bei ihnen überhaupt kein Rechtsstreit vorgekommen, bevor die Begriffe des "*dare oportere*" und des "*meum ex i. Q.*" fertig gestaltet gewesen.

Stets fragen die Parteien nach dem Recht, der Richter nach den Thatsachen.

Drittens, dass die *m. i.* sehr wohl ohne *s. a.* bestehen konnte, wogegen diese, ohne den Halt welchen, die *m. i.* ihr verleiht, aus der weichlichen Unbeholfenheit nicht herauskommt. Kein Zwang wider den Verfolgten zum Beginn des Verfahrens *in iure*, vor dem König zu erscheinen, kein Mittel, das gesprochene Erkenntnis wider Willen des Verurteilten durchzuführen. Das Ganze also nichts als eine Art Schiedsverfahren, bei dem aber nicht blos die Einleitung, sondern auch die schliessliche Ausführung, entweder von dem guten Willen beider Teile, oder von der persönlichen Ueberlegenheit des Verfolgenden abhängig gedacht werden müsste.

Auch das mag erwähnt werden, dass bei der Annahme,

Worte zwingen, *auctores secundi* für den Dritten zu werden. Noch will ich bemerken, dass meine eigenen Anschauungen in früherer Zeit wesentlich andere gewesen sind, und dass ich vornehmlich durch eine später näher anzuführende Bemerkung Karlowas und durch Sohms "Prozess der *l. Salica*" bekehrt worden bin.

3) Da wir zur Zeit noch auf sehr niederer Stufe der vergleichenden Rechtswissenschaft stehen, so gehört einige Dreistigkeit dazu, gewisse Prozessformen allgemein für altertümlich zu erklären. Doch ist zu beachten, dass ein Werden der statlichen Rechtshülfe ohne die Stadien der erst weniger, dann immer fester und fester geregelten Selbsthülfe zu durchlaufen, kaum zu denken wäre, sodann dass wenigstens die deutsche Rechtsgeschichte unsere Auffassung sehr entschieden unterstützt; vgl. das oben (N. 2) citirte Werk Sohms.

die *m. i.* sei zu der *s. a.* gleichsam als exekutives Supplement hinzuerfunden, die Steifheit und Beschränktheit der *m. i.* auffallen müsste, die unmittelbar nur an die *s. a. de certa pecunia* sich anzuschliessen vermag, nicht an die *de alia certa re*, und an die *in rem* erst recht nicht. Soll dies auf einen Mangel an Findigkeit bei den Römern, oder darauf zurückgeführt werden, dass erst die *s. a. de c. p.*, demnächst die *m. i.*, und dann später die andern Fälle der *s. a.* (*de c. r.* und *in r.*) ins Leben getreten? Wieder aber bliebe der Mangel an Findigkeit darin ausgesprochen, dass, nachdem bereits exekutible Sachen bekannt geworden, man die neu eingeführten doch wieder nicht exekutibel gestaltet hätte.

Im Anschluss hieran ein Gegenargument, dessen Betrachtung zur schärferen Begrenzung unserer Ansicht beitragen wird. Obgleich die Ueberlieferung nur von in geprägtem Erzgelde zu deponirenden Sakramenten redet, hat Mommsen die fünfhundert und die funfzig As rückwärts die ganze Periode des gewogenen Geldes hindurch auf zehn Rinder und auf zehn Schafe gedeutet; wogegen die Manusinjektion, die von dem Nexum nicht wohl zu trennen sein wird, durch den ganzen Zuschnitt des Formalakts in eben diese Periode des Wägegeldes gebunden, und durch die *V testes* speziell an die Servianischen Verfassungsänderungen angeknüpft zu sein scheint[4]. Ich will ein höheres Alter des Sakramentsverfahrens nicht unbedingt bestreiten, mag dasselbe immerhin auch früher schon als Abart des *pignoribus certare* bestanden haben; aber eine wirkliche *actio*, ein rechtliches Verfolgungsverfahren ist es damals nicht gewesen, sondern ein gallertartiges Weichgebilde vorrechtlicher Zeit. Und nicht dazu ist die *manus iniectio* später erfunden worden, aus diesem unfertig halben Etwas ein ganzes Rechtsgebilde zu machen.

Für die Entscheidung der angeregten Frage wird am meisten ankommen auf die Beurteilung derjenigen Rechtsgeschäfte, welche das Sakramentsverfahren beiseit liegen lassen und direkt zur Manusinjektion hinführen, vor allen andern des Nexums.

Nach der gewöhnlichen Meinung ist dieses als qualifizirte

[4]) Es wird sich zeigen, dass über die Grenze der Servianischen Reformen fortzukommen wäre (vgl. unten zu N. 6), wogegen ich allerdings nicht glaube, die Manusinjektion als Rechtsakt in die Vorzeit des Wägegeldes hinein erstrecken zu dürfen.

Obligation, etwa einer Wechselschuld, zumal vor Aufhebung der Personalhaft, vergleichbar zu denken. Der Schuldner hätte sich von vornherein den Rechtsfolgen unterworfen, die bei ordinären Obligationen erst nach der Verurteilung wider ihn eintreten konnten. Wobei dann noch darüber gestritten werden dürfte, ob dieses Voranziehen der strengeren Wirkungen mehr durch die Worte der Damnation oder durch die publizistische Natur des Geschäfts bedingt wurde.

Dem gegenüber behaupte ich, dass das Nexum genannte Geschäft ursprünglich keine irgendwie ausgezeichnete, sondern eine durchaus regelmässige Obligation erzeugt habe, ja dass dies die erste wirkliche Obligation gewesen, welche den Römern bekannt geworden. Das das Nexum von allen bis dahin bekannt gewordenen (quasirechtlichen) Geschäften unterscheidende Element bestand in der Verwendung wirkliches Geldes. Vom Beginn der Geldwirtschaft datirt bei den Römern auch der Beginn wirklicher Rechtspflege. Das Viehgeld ist so wenig wirkliches Geld, wie die Germanischen Stämme der Zeit, wo sie in die Geschichte eintreten, wirkliche Staaten sind. Es ist das rohe Produkt des ersten Ausführungsversuchs eines an sich richtigen Gedankens: das Bedürfnis eines allgemeinen Tauschmittels war richtig erkannt, aber vergriffen hatte man sich in der Wahl des Stoffes, dem die unentbehrliche Eigenschaft eines solchen Tauschmittels, das *tantundem est idem*, unleugbar abging. Denn dass ein Unterschied ist zwischen altem und jungem Vieh, zwischen grossem und kleinem, fettem und magerem, gesundem und krankem, das konnte auch auf den niedrigsten Kulturstufen nicht lange unbemerkt bleiben.

Mit Einführung der Geldwirtschaft musste die patriarchalische Gemütlichkeit aufhören. Es konnte nicht dem Belieben eines Schuldners überlassen bleiben, ob er sich vor einem Schiedsmanne stellen und dessen Spruche folgen mochte; aber auch die Selbsthülfe, die eigene überlegene Kräfte dem Gläubiger gestatteten, musste geregelt werden, die Einführung der *manus iniectio* lag nicht einseitig im Interesse der Darlehnsgeber. Von jetzt ab war die Anwendung der körperlichen Kraft beim *manum inicere* und *collo obtorto trahere* dergestalt sanktionirt, dass physische Uebermacht gegenüber dem Gemeinwillen der Bürger keinen Widerstand mehr wagte;

zugleich aber waren die Formen der legitimen Selbsthülfe auch so gewählt, dass die Oeffentlichkeit den Excessen der Eigenmacht vorbeugte, und dass, wo noch irgend welche Möglichkeit zur Beschaffung des erforderlichen Geldes bestand, diese sich erfüllen musste.

Der innige Zusammenhang des Nexums mit der beginnenden Geldwirtschaft ergibt sich besonders deutlich, sobald man bedenkt, dass wie zur Prägezeit Geld nicht jedes beliebig abgeprägte Stück des Wertbasismetalls ist, denn es gehört zum Wesen wirklicher *pecunia* dass sie sei *signata forma publica populi Romani*, ebenso zur Wägezeit auch nicht schlechthin das abgewogene Wertbasismetall Geld war, sondern dass die Abwägung unter öffentlicher Autorität in bestimmter Form vor sich gehen musste, um die einzelne Quantität zu Geld zu machen [5]. Bevor mit der Prägung die dauernd beglaubigte Abgrenzung der einzelnen Geldstücke erfunden war, musste Geld für jeden einzelnen Gebrauchsfall besonders geschaffen werden; eben durch die Abwägung unter öffentlicher Garantie. Zur Ueberwachung des Aktes hatte der Staat damals keine Beamte, man brauchte sie auch nicht, denn das Wägegeschäft ward auf offenem Markte vorgenommen, wo es nimmer an Zeugen fehlen konnte. Die eben anwesenden Bürger repräsentiren den Populus; die Zahl der Zeugen war anfangs nicht bestimmt, nach der Servianischen Klassenteilung werden mindestens fünf [6] in die Klassen gehörige erfordert [7].

Hieraus erklärt sich, was sonst mehr oder weniger rätsel-

---

5) Dies ist die Bemerkung, die ich Karlowan verdanke: Wage Wagenhalter Zeugen und die ganze Feierlichkeit des Akts dienen ursprünglich, nicht blos Geld zu messen und zu übertragen, sondern vor allem andern, Geld zu schaffen.

6) Gai. I. 119 "*non minus quam quinque testibus*" . . . Natürlich übrigens, dass in Wirklichkeit regelmässig nicht mehr als fünf Zeugen verwandt und als eigentümlicher Apparat des Geschäfts genannt wurden.

7) Trotz Gell. VI. 13 muss man annehmen, dass "*classicus*" einstmals jeden in die Klassen gehörigen ohne Ausnahme zu bezeichnen vermochte. Dass zur Zeit der Rede Catos für die *l. Uoconia* die Römer gewöhnt waren, bei dem Ausdrucke vorzugsweise an Bürger der ersten Klasse zu denken, steht dem nicht im Wege. So wenig übrigens wie zu glauben wäre, man habe in Rom die Zeugenfähigkeit auf die eminent reichen Leute beschränken wollen, ebenso wenig ist ihnen die unpraktische Pedanterei zuzutrauen, dass jedes Mal jedeine Klasse durch eins ihrer Mitglieder habe vertreten werden müssen.

haft erscheinen muss, warum im ältesten Recht *nexum* und *mancipium* so eng zusammenhangen, und warum sie bei fortschreitender Entwickelung immer weiter auseinanderfallen. Denn an und für sich liegen Darlehn und Kauf, oder gar Konstituirung einer Schuld und Uebertragung des Eigentums nicht so nah bei einander, dass ohne Weiteres abzusehen wäre, warum beide in dieselben Formen gekleidet, und beiden gleiche Rechtsfolgen gegeben wurden. Aber beide waren von altersher Geldgeschäfte, und zwar anfänglich, wo auch die Miete in den Kauf aufging, die einzigen normalen [8]) Geldgeschäfte die man kannte. Und dass gerade für die Geldgeschäfte besondere Regeln sich entwickelten, muss Jeder leicht begreiflich finden, der die Bedeutung des Eintretens wirklicher Geldwirtschaft überhaupt erkannt hat. In späterer Zeit, als viele verschiedene Geldgeschäfte gang und gäbe waren, zumal nachdem, was die *condemnatio pecuniaria* bezeugt, man sich gewöhnt hatte, die Begriffe von Rechts- oder doch Aktions-Sachen und von Geldsachen zu identifiziren, da lag kein Grund mehr vor, besondere gemeinsame Regeln für alle Geldgeschäfte aufrecht zu erhalten, vielmehr war es natürlich, dass die bestehenden inneren Differenzen sich auch äusserlich immer mehr geltend machten.

Das Nexum, genauer die *nexi datio*, erscheint hiernach als Realkontrakt, bei welchem aber, wie überhaupt bei allen Kontrakten, ein konsensuelles Moment mitwirkt. Jedes der beiden Elemente bedingt gewisse Formalien: nach der besonderen Beschaffenheit der Res, die in Frage kommt, kann der die Verbindlichkeit erzeugende Sachübergang hier nicht anders geschehn, als mittels einer Abwägung, die vor den den Populus repräsentirenden Zeugen zu vollziehen ist [9]). Der Wille aber

---

[8]) Ich verstehe unter "normal" hier, was im Leben so deutlich und so häufig hervortrat, dass für die rechtliche Behandlung eine feste Norm sich bilden konnte.

[9]) Mit dieser Auffassung, die den Schwerpunkt in die materiellen Bestandteile verlegt und die Formalien als durch die zur Entstehungszeit des Geschäfts in Rom herrschenden Anschauungeu bedingte Konsequenzen jener betrachtet, trete ich in direkten Widerspruch nicht so sehr zu derjenigen Theorie, welche den publizistischen Charakter des Nexums urgirt, als mit der, welche die Damnation als Nachbildung des Judikats erfasst. Die Publizität ist mir nur nichts willkürlich zu dem Zweck strengerer Verhaftung des Schuldners

liebt bei den Römern, bis in relativ späte Zeiten hinauf, wo er als rechtwirkendes Moment auftritt, sich in bestimmte Formen zu kleiden, wol darum zumeist, weil man die Schwierigkeit der Konstatirung des nicht durch äussere Zutat greifbar gemachten Willens, und das Ungenügende der eigenen Geschicklichkeit zu Lösung dieser Aufgabe frühzeitig erkannt hatte.

Wie die verbindliche Kraft jedeines Elements zu der des andern sich verhalten, ist nicht ganz leicht festzustellen. Auch könnten Veränderungen im Lauf der Zeit, namentlich allmähliche Mehrung der Wichtigkeit des Willens nicht unwahrscheinlich dünken. Es würde also darauf zumeist ankommen: wenn 100 Pfund zugewogen waren, konnte die Damnation den Empfänger zur Rückzahlung von 120 Pfund verpflichten?

Bejahen möchte ich zunächst die Frage für Zinszuschläge, umsomehr als unsere Geschichtsquellen das *fenus* und das *nexum* vielfach in Verbindung mit einander bringen. Es

---

herangezogenes, sondern gefordert durch die Natur des Stoffes, in dem das Darlehn gegeben wurde; auch leugne ich, dass eine ausnehmend strenge Verhaftung des Schuldners beabsichtigt oder bewirkt worden. Gegenüber der andern Theorie aber wird die Etymologie der Wörter *damno damnas* u. s. w. von besonderem Gewicht sein. Entweder *damnare* hiess ursprünglich soviel ungefähr wie verpflichten, und man nannte hiernach später die richterlichen Erkenntnisse wegen ihrer verpflichtenden Wirkungen Kondemnationen; oder, was unserer Meinung zuwider wäre, *damnare* hiess gleich anfangs durch Judikat oder dem Aehnliches verbindlich machen und wurde von hier auf die Verpflichtungen aus den Verträgen übernommen, welche judikatartige Wirkungen erzeugen sollten. Einstweilen genügt mir die von den besten Autoritäten vertretene und schon durch den Sprachgebrauch "*damnare aliquem aliquam rem*" empfolene Ableitung, die *damnare* mit διδόμενον in Zusammenhang bringt, vgl. Curtius, Griech. Etym. 3. Aufl. 223.

Ein kräftiges Argument gegen meine Ansicht scheint in der Bemerkung von Bruns zu liegen, Symb. Bethm.-Hollw. obl. 51: „Wenn Gajus von der *m. i.* sagt, sie sei ursprünglich nur für eigentliche Judikate gewesen, später aber durch neue Gesetze auch in vier andern Fällen gegeben, so u. s. w. — Aber wo ist Derartiges bei Gajus zu finden? Nur von der *m. i. pro iudicato* ist IV, 22 gesagt, dass sie, was selbstverständlich, nach der Judikatsmanusinjektion eingeführt worden; ob die "*aliae leges in multis causis*", welche *m. i. pura* geben (IV, 23), hinter die Zwölftafeln zurückgreifen oder nicht, wissen wir nicht. Völlig im Unklaren bleiben wir über das Verhältnis der *m. i.* aus Damnation zu der aus Judikat; oder sollte etwa das "*q. t. m. iudicatus siue damnatus es*" für die ursprüngliche Form der *manus iniectio* in allen Fällen zu halten sein, die stets auch wider jeden Nexus zur Anwendung habe gebracht werden müssen?

brauchte dies nach Römischer Anschauung nicht gerade als Durchschlagen des voluntaren Elements angesehn zu werden, da die Zinsen allenfalls als Früchte der dargeliehenen Summe gelten konnten, wie ja auch bei den quasikontraktlichen Realgeschäften der späteren Zeit, Ansprüche über das Mass des Uebergegangenen hinaus erwuchsen. Auf die Spitze aber wäre die Frage gestellt in dem Falle, wo gegeben wurde Nichts, oder soviel wie Nichts, *nummus unus* im Sinne der Späteren; konnte hier die Damnation ein Nexum von beliebiger Grösse begründen?

Dafür:

cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.

Aber ist dieser Satz uneingeschränkt in dem vollen Sinne, der in die Worte gelegt werden kann, namentlich auch für das Mancipium wahr? Wichtiger vielleicht noch die Analogie des Judikats. Dafür scheint ferner zu sprechen das Bild, das Gajus (III. 173—5) von der *solutio per aes et libram* gibt; freilich gehört dies relativ später Zeit an.

Ueberhaupt werden mindestens zwei Entwickelungsperioden zu sondern sein, von denen die zweite von der Einführung des Prägegeldes und der anderen Klagen wegen Schuld neben der Manusinjektion zu datiren ist. Von hier ab ist die Form keine natürliche, aus dem Wesen des Geschäfts fliessende mehr, sondern sie wird beibehalten nur der durch langjährige Tradition an sie geknüpften Folgen wegen, und diese Folgen bestehen in der Begründung eines Rechtsmittels, das direkter dem Ziel zuschreitet als alle aus anderen Schuldverträgen dieser Zeit erwachsenden. Die Obligation ist jetzt in der Tat eine qualifizirte, und der Zweck der Vornahme des Libralakts eben die Herstellung einer solchen ungewöhnlich wirksamen Verbindlichkeit. In der früheren Periode wird schwerlich jemand je der Gedanke gekommen sein, überhaupt schenkweise eine Forderung wider sich zu konstituiren, und in der späteren mochten die Schenker wenig Lust haben, gerade die unbequemste Verpflichtung sich aufzubürden. In dieser prägnantesten Form also ist unsere Frage vielleicht nie zum Austrag gekommen.

Wol aber muss darüber eine Regel gegolten haben, ob der Vindex, der den Wortlaut der Damnation zugegeben hatte,

behaupten konnte, dass die Obligation trotzdem nur in geringerem Masse zu Stande gekommen sei. Für die ältere Zeit wäre diese Behauptung einfach damit zu unterstützen gewesen, dass die Masse des zugewogenen Erzes sammt etwaigem Zinszuschlage hinter der Damnationssumme zurückgeblieben; in der neueren Zeit hätte die Verteidigung viel mannigfaltiger ausfallen können. Die Entscheidung wird aus den direkten Ueberlieferungen schwer zu gewinnen sein, nur aus Analogieen, des Mancipiums und der *nexi solutio* auf der einen Seite, des Libralkontraktes der Stipulation und des modernen (d. h. der Digestenjurisprudenz angehörigen) Kreditvertrags auf der andern.

Eine andere Spezialfrage, ob das Nexum zur Novation[10]) taugte? Konnte ich *nummo uno*, den ich gab, den Empfänger auf 1000 nektiren, so lag es nahe, dass ich dem, der mir vielleicht schon 1200 schuldete, Ausstand gab auf ein Jahr, wenn er sich *iure nexi* obligiren wollte, danach 1500 zu zahlen; auf den *nummus unus* konnte dabei nichts ankommen, und ob es besonderer Feierlichkeiten bedurft, die ältere nicht erneute Schuld unwirksam zu machen, mag dahingestellt bleiben. Manche Quellenzeugnisse scheinen gerade auf derartige Vorgänge zu weisen.

Hier wird ein kleiner Exkurs zu entschuldigen sein. Dass in der folgenden Zeit *mutuum* und *nexum*, so lange dieses noch fortbestanden, stets weit auseinandergelegen haben, braucht kaum gesagt zu werden. Interessanter ist die Fortdauer einer Duplizität der Darlehen nach dem Eingehn des Nexums. Bei Plautus[11]) tritt der Unterschied unverkennbar hervor. Das

---

[10]) Huschke (Nexum S. 53) nimmt an, es habe zwar für den Gläubiger auch dessen Schuldner oder Mandatar zahlen, desgleichen das aus einem andern Grunde, z. B. als Depositum dem Schuldner übergebene Geld Grundlage des Nexums werden können, dagegen sei Novation durch Nexum unzulässig gewesen, "weil es eine Hingabe von Erzpfunden *(quod ego tibi tot libras aeris dedi)* auch in seiner Form voraussetzte". Ms. Es. beruht dieser Grund auf Verkennung des Wesens des Nexums in der zweiten Periode.

[11]) Beispielsweise Asin. I. 3, 95:

nam si mutuas non potero, certumst sumam fenore.

Terent. Phorm. 299—301:

. . . . argentum deerat. — sumeret
alicunde.
postremo, si nullo alio pacto, fenore.

"*sumere pecuniam*" ist hier der generelle Begriff, dessen eine Spezies das "*mutuum*" durchgängig als Dienstleistung unter guten Freunden erscheint, und scharf von dem mehr geschäftlichen "*fenore sumere*" sich abhebt, das mit Danisten und Trapeziten kontrahirt wird. Der ökonomische Unterschied ist evident, aber nicht der juristische. Gab es damals zwei rechtlich verschiedene Darlehnsgeschäfte? und konnte das "*fenore sumere*" anders hergestellt werden als durch Abschluss zweier Geschäfte, der Kapitalobligation und der sich daran lehnenden Zinsstipulation? Bei Cicero[12]) stossen wir auf ähnliche Schwierigkeiten: hier ist die Versur offenbar dem Ruf und guten Namen schädlich, das Mutuum völlig harmlos. Die uns erhaltenen Rechtsquellen aber nennen wol das *creditum* noch als weiteren Begriff gegenüber dem *mutuum*, ohne jedoch irgend welche Andeutung zur Erklärung der bei Plautus und Cicero durchschimmernden Differenzen der einzelnen Arten zu geben.

Bis auf Weiteres[13]) mag es daher rationell sein, eine juristische Bedeutung derselben als nicht vorhanden anzunehmen, wogegen der Name "*mutuum*" zur Aufklärung der faktischen Differenz einiges beitragen kann. Unbekümmert um die tieferen etymologischen Fragen interessirt uns nur der Zusammenhang des Darlehns mit der gewöhnlichen auf ein Gegenseitigkeitsverhältnis hinweisenden Bedeutung des Wortes. Nach

---

Sieh aber auch Pl. Pseud. I. 3, 52:

. . . si amabas inuenires mutuom,
ad danistam deuenires adderes fenusculum.

Vgl. hiezu Demelius Zschr. f. K. G. II. 271; auch Bekker ebenda III. 419.

[12]) Am auffälligsten in der *or. pro M. Caelio.* Mit grosser Energie besteht Cicero darauf, dass sein Klient nie eine Versur gemacht habe. c. 17: *uersuram nunquam omnino fecit ullam;* und c. 38: [*Caelium*] *nulla cupiditate inductum de uia decessisse. quid signi? nulli sumptus nulla iactura nulla uersura.* Gleichwol gibt er unbedenklich zu, dass derselbe Gold von Clodia geborgt erhalten *(aurum sumere)* c. 51 seq.

[13]) Womit aber keineswegs gesagt sein soll, dass dies Weitere auch ausgesetzt bleiben dürfe. Namentlich scheint die Versur einer genaueren Feststellung ebenso bedürftig wie zugänglich. Was Huschke, Nexum 117, gibt, zeugt von nichts weniger als klarer Erkenntnis, und die meisten andern Neueren lassen das Geschäft ganz unbeachtet, wie *e. gr.* das Wort in den Registern von Burchardi Walter Puchta nicht zu finden ist.

Cato[14]) wird anschaulich, wie auf dem Lande ein Nachbar zu einigen anderen, in ein dauerndes Verhältnis zu gegenseitiger Aushülfe zu treten pflegte: gegeben wurde was der eine eben brauchte und der andere übrig hatte, Getraide Wein Oel, wenn es sein musste auch Geld, daneben Sklaven Zugvieh Ackergerät auf kurzen Gebrauch. Jede einzelne Leistung geschah eigentlich unentgeltlich, nur dass man selbstredend das Gegebene individuell oder dafür *tantundem eiusdem qualitatis* zurückerhielt; aber sie geschah entgeltlich insofern, als der gewissenhafte *paterfamilias* damit entweder früher empfangene Unterstützungen ähnlicher Art wett machen, oder aber den Nachbarn zu späteren Gegendiensten sich verpflichten wollte. Man gibt und nimmt also nicht für direkten Lohn, "*fenore*", sondern für Gewährung und Forderung der gegenseitigen Hülfe, "auf gegenseitiges" „*mutuo*".[15])

In der Form der *nexi liberatio, solutio per aes et libram*[16]) war ursprünglich nicht mehr unnatürliches oder künstlich erdachtes, wie in der *nexi datio:* Wägegeld konnte ohne Wage und Oeffentlichkeit so wenig zurück- wie hingezahlt werden. Eine Aenderung tritt ein mit dem Aufkommen des Erzgeldes und der Einführung neuer Obligationen. Jenes musste dahin wirken, dass die tatsächliche Zahlung und der befreiende Libralakt zeitlich auseinanderfielen. Die innere Notwendigkeit für den Beibehalt des letzteren war geschwunden, aber Anhänglichkeit an bewährte Formen einerseits, andererseits das frühzeitig angenommene Prinzip, dass der Begründungs- und der Aufhebungsakt von Obligationen einander entsprechen

---

14) de R. R. 5, 4: *iniussu domini credat nemini, quod dominus crediderit exigat. satui semen cibaria far uinum oleum mutuum dederit nemini. duas aut tres familias habeat unde utenda roget, et quibus det; praeterea nemini.*

Dies ist eine Anweisung für den Vilicus. Offenbar war diesem nicht alles zu gestatten, was die Herren zu tun pflegten; hätte aber auch unter diesen solcher Gebrauch nicht bestanden, so war die Warnung überflüssig.

15) Vgl. noch Terent. Phorm. 266—7:
Hic in noxiast, ille ad dicendam causam adest;
quom illest, hic praestost; tradunt operas mutuas.

16) Wie die *nexi datio* ist sie ein Realakt mit konsensueller Beimischung bei welchem die beiden materiellen Elemente die Form bedingen.

müssen[17]), erhielten ihn noch lange in ausgedehntem Gebrauche. Von den neuen Obligationen waren manche den aus *nexum* und *mancipium* stammenden weniger, manche mehr ähnlich, insbesondere in Betracht des Rechtsverfolgungsmittels; alle die mit der *manus iniectio* durchzuführen waren, sollten nach dem Vorbild jener nicht ohne Libralakt aufgehoben werden können.

Von diesem Zustande gibt Livius (6. 14) ein Beispiel:

> *[M. Manlius] rem creditori palam populo soluit, libraque et aere liberatum emittit.*[18])

Also erst die materielle Zahlung, die nun nicht mehr in Wägegeld erfolgt, dann der bestätigende Formalakt wirken vereint Liberation. In der späteren Entwickelung müssen diese beiden Elemente immer weiter auseinander gegangen und immer selbständiger von einander geworden sein, so dass die Zahlung für sich und was ihr gleich stand ohne Libralakt, und ebenso der Libralakt für sich ohne jedes materielle Fundament die betreffenden Obligationen aufzuheben vermochten. Jenes folgt schon daraus, dass sonst jede Judikatschuld zu völliger Aufhebung nach der eigentlichen Solution bis in Gajus Zeiten hinein noch der Vornahme einer *nexi liberatio* bedurft hätte, was geradezu undenkbar ist; dieses berichtet Gajus (III, 173—75), indem er Libralsolution und Acceptilation offenbar völlig gleich stellt.

Der ganze Entwickelungsgang erscheint hiernach als ein einfach und naturgemäss verlaufender Prozess, über dessen Fortschreiten im Einzelnen uns nur der Lückenhaftigkeit der Quellen wegen Zweifel bleiben. So fragt sich einerseits, wann

---

[17]) "*Quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*" fr. 153 de R. I. (50, 17) von Paulus; ähnliches in anderen Stellen häufig.

[18]) Die andere von Huschke gegebene künstlichere Auslegung dieser Stelle, Manlius habe durch die *palam populo* gemachte Zahlung nicht sowol den ursprünglichen Gläubiger zur Aufhebung seines Rechts wider den Schuldner mittels Libralakts veranlasst, als vielmehr sein eigenes, durch jene Zahlung erworbenes Forderungsrecht wider denjenigen, für den er die Zahlung geleistet, *libra et aere* sofort wieder aufgehoben, dürfte noch weniger wegen einiger dabei unentbehrlicher Voraussetzungen (die zwar unbewiesen sind, aber darum nicht unrichtig zu sein brauchen) als deshalb anzufechten sein, weil sie in den ganzen Zusammenhang der Livianischen Erzählung nicht recht passen will. Offenbar fällt bei dieser der Nachdruck darauf, dass Manlius andere Gläubiger in der Ausübung ihres Rechts gehindert hat, nicht darauf, dass M. die Schuldner, die er sich selber bei dieser Gelegenheit erworben, mit Ostentation entlassen.

die *nexi solutio* von dem Erfordernis einer realen Grundlage völlig losgelöst, und zu einer Schuldaufhebung lediglich durch den in traditioneller Form geäusserten Willen gemacht ist; andererseits wieder, wann Solution und Novation, und später noch Kompensation und *in solutum datio* die alten Manusinjektionsobligationen allein ohne zutretenden Libralakt aufzuheben vermögend geworden. Gewis muss angenommen werden, dass die *stipulatio Aquiliana* (insbesondere die Klausel "*quarumque rerum mihi tecum actio*") stets auch auf diese Obligationen mitzubeziehen gewesen ist, wogegen Cicero (de legib. II. 53, cf. 51) den Schein erzeugt, als ob die simple Novationsstipulation einer Legatenforderung nicht von der am Legat hangenden Sakralverpflichtung befreit habe, wol aber eine mit jener Stipulation verbundene *solutio per aes et libram.* Gedenken wir der eigentümlichen Bedeutung des *nudum ius Quiritium* im späteren Recht, so findet vielleicht die Vermutung Boden, dass die blosse Stipulation schon zu Ciceros Zeit eine alte Manusinjektionsobligation zwar in der Hauptsache, was die privatrechtlichen Wirkungen anlangt, aufzuheben im Stande gewesen, alsdann aber noch eine so zu sagen *nuda obligatio* übrig geblieben, von nur sakralrechtlicher Bedeutung, und zu heben nicht anders als durch die altertümliche *nexi liberatio.*

Das Mancipium ist der rechte Bruder des Nexum: hier wie dort Vorherrschen der realen Elemente, mit denen sich der Konsens verbindet, und von Formen nichts mehr und nichts anders, als der materielle Bestand des Geschäfts es erheischt. Die Mancipation ist Kauf, Waare um Geld, nicht Vertragsschluss, sondern Vollzug, Erfüllung dieses Geschäfts. Dabei muss man bedenken, dass, bevor die *actio empti* erfunden war, ein besonderer Augenblick, als der des Vertragsschlusses, der Perfektion des Geschäfts, aus der Reihe der dem Vollzuge voraufgehenden Verhandlungen mit Bestimmtheit gar nicht ausgeschieden werden konnte. Es gab damals so wenig eine *obligatio ad mancipandum*, wie eine *obligatio ad aes nexui dandum*, die Vornahme des einen Geschäfts wie des andern hing regelmässig von dem freien, durch keine rechtliche Verpflichtung gebundenen, Willen beider Kontrahenten ab.

Beim Nexum erfolgt Realleistung nur von einer, beim

Mancipium von beiden Seiten. Darum ist eine Rechtsverbindlichkeit ordentliche Folge des Nexum, wer jetzt nicht geleistet, nur empfangen hat, ist verbunden seinerseits später zu leisten; eine ähnliche Rechtsverbindlichkeit ist ausserordentliche Folge des Mancipiums, sie tritt ein nur in den Fällen, wo die Leistung des einen Teils, des Verkäufers, nicht so vollständig gewesen ist wie sie sein sollte. Hiemit mag in einem gewissen Zusammenhange stehen, dass bei dem Mancipium trotz dem äusseren Gleichgewicht beider Parteien, ähnlich wie bei dem Nexum, wo dies Gleichgewicht der beiden kontrahirenden Teile nicht ist, nur der eine Teil feierliche Worte spricht, die hier eine eventuell obligirende Wirkung haben. Dem Verkäufer war durch die Geldzuwägung unter öffentlicher Autorität zweifellos genug geschehen; die Waare wurde des Käufers erst durch die von demselben bei dieser Gelegenheit ebenso öffentlich ausgesprochene Rechtsbehauptung, "*hunc ego hominem etc.*", da kein Widerspruch entgegentritt, und nur, falls die Waare bis dahin Eigentum des Verkäufers gewesen war. Hatte dieser kein Recht daran, so liegt auch in der Mancipation keine reale Leistung des Verkäufers, nur ein Scheinbild derselben, und es tritt, sobald dieser Schein zerstört ist, auch hier eine Verbindlichkeit desjenigen ein, der einseitig empfangen und noch nicht, oder nicht genügend gegengeleistet hat. — Die Beschränkung auf einzelne Waarenarten, *res mancipi*, erklärt sich am besten daraus, dass diese allein in jener Zeit verkauft, d. h. öffentlich gegen Wägegeld vertauscht zu werden pflegten.

Wie beim Nexum musste der Charakter des Geschäfts mit dem Abkommen des Wägegelds sich ändern, eine wirkliche Preiszahlung hat nunmehr dem Mancipationsakte voraufzugehen. Bei besonderem Vertrauen in die Solvenz und Ehrlichkeit des Käufers konnte der Verkäufer auch wol die Reihenfolge umkehren, die Mancipation (ähnlich der vorläufigen Ausstellung von Schuldschein oder Quittung) der sicher erwarteten Preiszahlung voraufgehen lassen. Die Bedeutung der Mancipation blieb dabei unverändert: Konstatirung des ersten eben durch diese Konstatirung sich vollendenden Eigentumsübergangs, und Begründung der eventuellen *auctoritatis actio*.

Von der weiteren geschichtlichen Entwickelung wissen wir einiges, und vieles nicht. Wie neben dem Nexum andere

Obligationen aufkommen, die zur Entstehung keiner Damnation und zur Durchführung keiner Manusinjektion bedürfen, so treten neben den Mancipationskauf die Kaufgeschäfte über die *res nec mancipi.* Aber der Mancipationskauf selber bleibt auch nicht unverändert; der Entwickelungsgang muss dem bei der *nexi datio* und dem bei der *nexi solutio* einigermassen ähnlich gewesen sein. Nachdem durch Einführung des Erzgeldes der Realakt und der Formalakt äusserlich unterschieden worden, macht auch hier das Streben jedes der beiden getrennten Elemente nach weiterer Ausbildung der Selbständigkeit sich geltend.

Die Fortentwickelung des Realakts ist uns relativ genau bekannt. Tradition der Sache *(res mancipi)* gegen Zahlung des Preises ohne hinzutretende Mancipation erzeugt das *in bonis esse*, ein Recht, das gegenüber dem den Tradenten verbleibenden *ius Quiritium* immer mehr erstarkt, dieses zum *nudum ius* macht und, nachdem auch die letzten Wirkungen desselben bedeutungslos geworden, dahin treibt die Mancipation als für den Eigentumserwerb unnützen Akt gänzlich aus dem Rechtsleben verschwinden zu lassen. — Ebenso wissen wir, dass zwar die *auctoritatis actio* selber nie ohne Mancipation[19]) begründet werden konnte, dass aber für Ausfüllung der in der Berechtigung des Nichtmancipationskäufers hieraus erwachsenden Lücke schon früh durch die *duplae stipulatio*, und später daneben durch die *empti actio* ausreichend gesorgt wurde.

Schwieriger ist zu finden, was die Mancipation für sich gegolten[20]), und in wiefern ihre Wirkungen von der materiellen

[19]) Ausdrücklich ist Huschken (Nexum 9) darin zu widersprechen, dass gleich der *mancipatio* auch *in iure cessio* die *actio auctoritatis* begründet habe. Gai. II, 22: "*quod autem mancipatio ualet idem ualet et in iure cessio*" beweist nichts dafür, da Römische Juristen bei Aufstellung ihrer Regeln nicht blos Ausnahmen ausser Acht zu lassen pflegen, sondern häufig nur so wenige Fälle oder Beziehungen ins Auge fassen, dass wir zweifeln mögen, ob für uns das Verhältnis von Regel und Ausnahme eintrete. Entscheidend dawider: dass die *in iure cessio* allemal besteht aus *adsertio confessio* und *addictio*, und also auch nur wirken kann, was durch diese Momente bewirkt werden könnte, wobei es gleich gelten muss, ob wer die Kontravindikation unterlässt an sein eignes Nichtrecht glaubt oder nicht glaubt, und ob er sich mit dem Vindikanten über die Unterlassung vorher verständigt hat oder nicht.

[20]) Vgl. Leist Mancipation, vornehmlich §. 1 und §. 3.

Grundlage abhängig geblieben. Es handelt sich hiebei um die Frage nach der plastischen Kraft des Willens: vermag dieser, losgelöst von allen realen Elementen, aber gekleidet in diejenige Form, deren altertümliche Gestaltung ihm die zulässig höchste Autorität gewährleistet, an und für sich Eigentum[21]) zu wirken und eine *auctoritatis obligatio* zu begründen?

Es liegt überaus nahe, die Zwölftafelworte, "*uti lingua nuncupassit ita ius esto*", heranzuziehen für die Bejahung; aber diese Worte sind nicht wahr in dem ganzen Umfange, den man hineinzulegen sich versucht fühlen könnte. Das vor den den Staat repräsentirenden Zeugen gesprochene "*hunc ego hominem meum esse aio*" macht Recht nur gegenüber dem Verkäufer, alle etwaigen Rechte Dritter[22]), selbst Anwesender, bleiben unberührt davon. Ferner, gesezt dass der Verkäufer Eigentümer sei, so geschieht trotz diesen Worten derEigentumsübergang, gerade nach Zwölftafelrecht, nicht bevor das Pretium gezahlt oder kreditirt ist. Verstehe ich diesen Satz richtig, so hängt seine Entstehung zusammen mit der vorerwähnten, durch die Einführung des Prägegeldes[23]) gegebenen Notwendigkeit, den formellen Mancipationsakt der Tradition von Preis und Waare entweder folgen oder voraufgehen zu lassen. Es mochte öfter geschehn sein, dass die mit der Uebergabe der Waare verbundene Mancipation zuerst vorgenommen, und die Zahlung des Preises dann über Erwarten lange unterblieben war; Zweifel und Streit, ob in der Zwischenzeit der Käufer schon wegen der Mancipation, oder der Verkäufer noch wegen der unterbliebener Preiszahlung als Eigentümer aufzutreten befugt sei. Die Entscheidung, die dann von den Zwölftafeln wol nicht erst gefunden, sondern nur bestätigt wurde, war wie bei

---

[21]) Selbstverständlich müssen bei einer vollständigen Erörterung dieser Frage, wie auch Leist a. a. O. erkannt hat, *in iure cessio* und Tradition in Parallele zur Mancipation gestellt werden.

[22]) Eines Beweises neben den bekannten, auf die *auctoritas* bezüglichen Sätzen bedarf diese Behauptung nicht. Die Ausnahme würde überhaupt nicht zu erwähnen gewesen sein, wenn es allgemein unerhört wäre, dass öffentlich abgegebene Erklärungen auch gegen Dritte, ja gegen solche wirkten die nichts davon vernommen haben; doch wolle man sich der Bedeutung erinnern, die das moderne Recht Proklamationen, Ediktalladungen, Eintragungen in Grundbücher, Handelsregistern u. s. w. zuschreibt.

[23]) Vgl. aber Ihering, Geist d. R. Rs. 1. Aufl. II. 568, etwas anders 2. Aufl. II. 524.

manchen andern Kontroversen eine zwischen den Extremen vermittelnde: Eigentumsübergang aus Mancipation ausser den Fällen wo das Pretium gezahlt, auch da wo die *solutio* durch *satisfactio* ersezt ist. Diese Entscheidung war insofern eine weiterbildungsfähige, als der ursprünglich eng umschränkte Begriff der *satisfactio* leicht ausgedehnt werden konnte. Uebrigens galt diese Entscheidung gleichmässig für die Uebertragung des Eigentums und für die Begründung der *auctoritatis actio* (cf. Paull. S. R. II. 17 §. 1).

Abgesehn von der anzunehmenden Erweiterung des Satisfaktionsbegriffs, hat sich der Satz selber unverändert bis in das Justinianische Recht erhalten (§. 41 I. de R. D. 2, 1). Damit ist aber die aufgeworfene Frage keineswegs durchgängig wider die Eigentum wirkende Kraft des in der Mancipationsform auftretenden Willens entschieden. Fest steht nur dass, wenn Parteien durch Mancipation und durch Tradition die aus einer wirklichen *emptio et uenditio* erwachsenen Verpflichtungen erfüllen wollten, die Mancipation und die Tradition der Waare vor der Preiszahlung oder Kreditirung volle Wirksamkeit nicht erhielt; es bleibt dahingestellt, ob eine ausser allem Zusammenhang mit voraufgehenden und nachfolgenden Tatsachen abstrakt für sich von den Parteien gewollte Mancipation entsprechend wirksam war wie eine eben solche *nexi liberatio.* Die Frage aber sieht gerade dahin, ob die Mancipation aus der Abhängigkeit vom wirklichen Kaufe überall nicht gelöst worden. Unsere Antwort geht auf Nein und auf Ja; wir haben keinen Belag, dass die Mancipation vom Kauf je ganz abgelöst worden, die Formel lautet allemal gleich, ohne dass wesentliche Aenderungen bezeugt[24]) wären. Aber die Römer verstanden den Kauf selber so elastisch zu gestalten, dass die Mancipation beliebig als Eigentumsübertragungsakt verwandt werden konnte. Verkaufen kann man für viel und für wenig, verkauft man *nummo uno*, so erhält der Verkauf in der Tat die Bedeutung einer einseitigen Veräusserung, für welche eine etwaige Gegenleistung ausserhalb dieses Kaufgeschäfts bedungen sein müsste. Eine einfache Konsequenz, dass auch die *actio auctoritatis* in

---

[24]) Beiläufig, auch die einfache Verweisung II, 23 bei Gajus auf die Darstellung im *commentarius superior*, d. h. auf I, 119 widerstrebt dem Gedanken, dass es verschiedene Mancipationsformeln gegeben; vgl. noch II, 104.

solchem Falle nur auf den *nummus unus*, d. h. auf Nichts geht. Bezeugt sind diese *uenditiones nummo uno* als Mancipationsträger, wo die Parteien Schenkung[25]) und wo sie Fiducia[26]) beabsichtigten; es ist aber nicht abzusehen, warum nicht auch in andern Fällen, beispielsweise wo *dos transactio permutatio* u. s. w. beabsichtigt waren, dasselbe Mittel brauchbar erfunden sein sollte. Dafür dass die Absicht nach bewirkter Eigentumsübertragung nun auch von der andern Seite in Erfüllung ginge, das Empfangene als Dos oder Fiducia behandelt, die Transaktion vollzogen, das Eingetauschte gegengeleistet würde, dafür bot der Mancipationsakt selber keine Gewähr, vielmehr musste die betreffende Forderung für sich, sei es durch *pactum adiectum* wie bei Fiducia, oder durch Stipulation wie später bei der Dos konstituirt werden.

Das Mancipium ist auch ausserhalb des ihm eigentümlich zuständigen Gebietes und ohne Berücksichtigung seiner Beschränkung auf die *res mancipi* verwandt worden:

1) zur Begründung der familienrechtlichen Gewaltverhältnisse;

2) zur Uebertragung eines ganzen Nachlasses auf den *familiae emptor*.

Dahingegen ist die Bestellung einer *fiducia* als innerhalb des ursprünglichen Anwendungsgebiets liegend anzunehmen; die Mancipation überträgt hier kein anderes Eigentum als sonst, daher sie auch hier wie sonst durch *in iure cessio* ersetzt werden konnte und auf *res mancipi* beschränkt blieb. Die Besonderheiten dieses Verhältnisses wurden lediglich durch das von der Mancipation unabhängige, und ebensogut wie an diese an die *in iure cessio*, vielleicht auch an eine Tradition[27]) anzuschliessende *pactum fiduciae* bewirkt, das dem

---

25) Vgl. die von Leist Manc. §. 35 zusammengestellten Inskriptionsfragmente.

26) Corp. Inscr. Lat. II (Hisp.) 5042 p. 700; dazu Degenkolb Zschr. f. R. G. IX 117 f.

27) Vgl. Muther Sequestr. 377. Bezeugt ist das *pactum fiduciae* nur im Anschluss an Mancipation und Injurecession, dass es hierauf beschränkt gewesen, wird trotz Dernburg Pfandr. I 10, durch die Quellen nicht bewiesen. Bedenkt man aber, dass im älteren Römischen Verkehr keine anderen Besitzstücke als *res mancipi* individuell umzugehen pflegten, dass Fungibilien und Konsumptibilien wenig taugliche Objekte einer Fiducia waren, und dass in etwas späterer Zeit *pignus* und *hypotheca* bei *res nec mancipi* manche Vorteile

Fiducianten, die von den aus der Mancipation hervorgehenden Rechtsmitteln stets wesentlich unterschieden gewesene *a. fiduciae*[28]), und zudem die Befugnis zur Usureception verschaffte.

Aus der Mancipation selber aber gehen nach Verschiedenheit der Fälle zweierlei Aktionen hervor: bei regelmässiger Anwendung die *auctoritatis actio*[29]); bei der Uebertragung auf Erbschaften die Legatenklage. Von letzterer kennt das spätere Recht die bekannten vier Spielarten; die älteste aus dem *legatum optimo iure relictum* war zweifellos anfänglich ganz ebenso wie die *auctoritatis actio* mittels *manus iniectio* durchzuführen, dafür sprechen die Litiscrescenz und die Aufhebung durch *solutio per aes et libram*.

Neben der eben betrachteten Gruppe der Manusinjektionen aus den ältesten Geldgeschäften stand vermutlich eine andere, vielleicht wenig jüngere, vielleicht gar noch ältere[30]): Manus-

---

vor der Fiduciarverpfändung boten, so wird es nicht unwahrscheinlich, dass obschon einer Fiducia im Anschluss an Tradition rechtliche Hindernisse nicht entgegengestanden, gleichwol dieselbe wegen mangelndes Bedürfnisses ins Leben nie eingeführt worden.

[28]) Vgl. unten Kap. VII u. VIII.

[29]) Anderer Ansicht Ihering Geist. 2. Aufl. I. 157.

[30]) Direkter Hinweisungen auf diese zweite Gruppe der Manusinjektionen haben wir weniger als auf die erste: das *addici* des *fur manifestus* und etwa die Litiscrescenz bei der *actio l. Aquiliae*, eine Eigentümlichkeit, die von älteren Vorläufern in dies relativ neue Rechtsmittel übertragen sein muss. Mehr wiegen allgemeinere Wahrnehmungen, die freilich zum Teil nur mittels komplizirter Folgerungen ans Ziel führen: die Kondemnationen in *duplum* und *quadruplum*, die wie bei der *a. auctoritatis* aus früherer Litiscrescenz hervorgegangen sind; dass Diebstals- und Injurienklage später überwiegend als Drohmittel dienten, den Schuldigen zum angemessenen Vergleich zu drängen; vor Allem aber, dass eine Zeit, die von abschliessender Begrenzung des strafrechtlichen Begriffs noch nichts wusste, wider den auf offener Tat gefassten Missetäter, beispielsweise wider den *fur manifestus*, nicht wol milder und schonlicher vorgehen konnte als gegen den Schuldner aus dem Geldvertrage, und dass andererseits, in Ermangelung jedes hierauf bezüglichen Quellenstücks, wir nicht im Stande sind, ein anderes, noch derberes und bündigeres Römisches Rechtsmittel zu entdecken, als eben die *manus iniectio*. Ueberall wo rechtlich geregelte Selbsthülfe erforderlich wurde, trat diese Form ein; so bei der späteren *in ius uocatio* und im Freiheitsprozess, wo das *adserere manu* als Verwandter der *manus i.* erscheint. — Diese Herleitung wird genügen, anzudeuten, dass ich zwar die Hypothese an sich für gerechtfertigt, aber jede weitere chronologische oder dogmatische Ausführung für unzulässig halte, und namentlich jeden Versuch einer Entscheidung darüber ablehnen muss, ob diese Manusinjektionen, was Gestalt und Wirksamkeit anlangt, unter einander und

injektionen wegen privater Rechtsverletzung, Beschädigung des Vermögens, vielleicht auch des Körpers. Es ist nicht undenkbar, dass die Anfänge aller Privatdeliktsverfolgung hier hinein zu verlegen wären.

Eine dritte, wahrscheinlich jüngere Gruppe bilden dann die Manusinjektionen aus einem Judikat, das bei Sakramentsprozessen über Geldsachen erfolgt. Anknüpfend an die voraufgeschickte Hypothese wäre anzunehmen dass, nachdem das Manusinjektionsverfahren für gewisse einfache und handgreifliche Geldvertrags- und Deliktsachen bereits längere Zeit hindurch bestanden, und daneben ein minder fest geregeltes und mehr oder weniger von dem guten Willen beider Teile abhängiges Schiedsverfahren in Uebung gekommen, man darauf verfallen: einmal unter gewissen Voraussetzungen die durch Schiedsspruch erkannten Schulden manusinjektionsfähig zu erachten, und zugleich dem zu diesem Resultat hinführenden Schiedsverfahren einen festeren Verlauf zu geben, der es von dem guten Willen namentlich des Beklagten unabhängig machte.

In Anbetracht, dass die Evidenz[31]) der Sache der wesentliche Kern der Voraussetzungen des strengen Rechtsverfahrens (sc. der *manus iniectio*) ist, mussten drei Fälle zu demselben Resultat führen:

der Beklagte erkennt die Schuld selber an *in iure* (*aes confessum*);
der Richterspruch geht auf Schuld;
der Beklagte macht durch Untätigkeit einen Spruch unmöglich („*quando neque ais neque negas*").

Die Römischen Schuldner waren zu gerieben, um diesen von dem Formalismus des Verfahrens gewährten Ausweg zwischen *confessio* und *actio* hindurch nicht frühzeitig zu entdecken; aber auch die Prozessleiter waren Römer, und besassen neben dem Scharfsinn die erforderliche Energie, um diesem Entweichungsversuch mit durchschlagender Rücksichtslosigkeit zu begegnen. Wer nicht negirt, wird dem Zugebenden gleich

---

ob sie mit den Manusinjektionen aus Geldgeschäften gleich oder verschieden gewesen.

[31]) Die Evidenz war den Römern um so wichtiger, als sie scharfsinnig genug ihr eigenes Ungeschick zu systematischer Beweiserhebung frühzeitig erkannt hatten.

behandelt, das aus dem Schweigen zu entnehmende gilt soviel wie das ausgesprochene Bekenntnis.

Derselbe Gedanke mag für die Einleitung des Verfahrens massgebend gewesen sein: wer sich mit körperlichem Nachdruck weigert *in ius* zu folgen, um damit die rechtliche Verhandlung unmöglich zu machen, auch der wird als offenbarer Schuldner angesehen und behandelt. Ob dies soweit gegangen, *in iure* das regelmässige Verfahren auf Injektion folgen zu lassen, oder ob nach Umständen zum Sakramentsprozess zurückgegriffen werden konnte, weiss ich nicht zu entscheiden.

Nach Zulassung dieser dritten Gruppe war die *m. i.* das wirklich geworden [32]), was sie nach unserer Ansicht früher nicht gewesen, worin aber die gemeine Meinung ihre ursprüngliche Eigentümlichkeit zu sehn glaubt: ein qualifizirtes Rechtsmittel, unmittelbar anwendbar auf ausgezeichnete Sachen, auf alle andern nur nach deren Vorbereitung im ordentlichen Verfahren.

Hieran knüpft sich die Entstehung einer vierten Gruppe: bei neuen Rechtssachen, die man nicht blos verfolgbar überhaupt, sondern rasch und streng verfolgbar machen wollte, wurde die *m. i.* durch besonderen gesetzgeberischen Erlass verordnet. Gajus (IV, 21—25) berührt die erste Gruppe nur mit dem Formelwort "*s. damnatus*", sonst handelt er blos von den Manusinjektionen der dritten und vierten Gruppe, die sich am längsten in die historische Zeit hinein erhalten hatten. Bei der vierten meldet er noch den Unterschied der *m. i. pro iudicato* und der *pura*, und den Einfluss den die *l. Uallia* hierauf geübt hat.

Zwei Punkte aus dem Verlauf des uns bekannten Injektionsprozesses sind noch kurz zu erörtern. Einmal das Eintreten des Vindex für den Beklagten. In gewissem Sinne erscheint der Vindex als Vertreter des Reus, doch so, dass darum das *neminem alieno nomine lege agere posse* in seinem Sinne wol auch wahr bleiben kann [33]). Der Vindex nämlich handelt als

---

[32]) Diese Entwickelung der *m. i.* könnte etwa der des *populus Romanus* verglichen werden, der erst das ganze Volk, später ein ausgezeichneter Bestandteil desselben ist.

[33]) Unger, Zschr. f. R. G. VII, 192 f. kommt zu einem nicht ganz unähnlichen Resultate, wenn er (203) sagt:

> Der Vindex ist materiell, nicht formell Prozessprokurator; er führt einen eigenen Prozess im Interesse eines Anderen.

Die trotzdem bleibenden Differenzen sind hier nicht näher zu entwickeln.

Vertreter des Reus nicht mehr, als jeder der fremde Schulden zahlt. Seit ältesten Zeiten war es in Rom zulässig, wegen fremder Sachen Zahlung zu leisten, und die Aktion gegen einen Andern als Beklagter zu übernehmen. Von einem Passivübergang der Obligation wäre im einen Falle eben so wenig zu reden wie im andern; das Wesen der Obligation besteht im „*cogi iudicium suscipere*", und dies bleibt ausschliesslich an der Person des Schuldners und des Reus haften. — Schuldzahler und Vindex handeln beide als ausser der *obligatio* stehende Persönlichkeiten, völlig unabhängig von jeder besondern zwischen ihnen und dem Schuldner und dem Reus, oder zwischen ihnen und dem Gläubiger bestehenden Beziehung.

Ob das Eintreten des Vindex mit der Litiscrescenz in einem ursächlichen Zusammenhang gestanden? Litiscrescenz und Manusinjektion sind längst als zusammengehörig erkannt; warum gehören sie zusammen? Wer eine fremde Schuld nicht gleich durch Zahlung tilgen, sondern zum Gegenstand eines Prozesses machen wollte, der musste erstlich auf den Fall seines Unterliegens Kaution stellen für Erfüllung der fremden Schuld[34]), er musste zweitens auf denselben Fall zu einer ferneren, ursprünglich eigenen Leistung sich verpflichten wegen der Säumnis, die er dem Injektionskläger verursacht, und der Betrag dieser Leistung wurde dem der fremden Schuld gleichgeordnet[35]).

Hatte der verurteilt zahlende Vindex, oder wer sonst für einen der *m. i.* Ausgesetzten zahlte, Regress[36]) wider diesen? Die Regressklage müsste entweder die übertragene *actio* des prinzipalen Gläubigers sein, oder eine neue, sobald kein Auftrag vorlag aus einem Quasikontrakt. Eines wie das andere beruht auf dem neueren Römischen Rechte geläufigen Ge-

---

34) Vgl. Gai. IV, 25: *istaque quamdiu legis actiones in usu erant semper ita obseruabantur, unde nostris temporibus is cum quo iudicati depensiue agitur, iudicatum solui satisdare cogitur.*

35) Keine notwendige Folgerung hieraus, dass bei der *manus iniectio pura* das *duplum* fortgefallen; es konnte festgehalten werden bei dieser so gut wie bei der *a. iudicati* des Formularprozesses. — A. A. Rudorff, R. G. II, 86, Unger, a. a. O. 208.

36) Huschke (Nex. S. 241) geht mit dieser Behauptung, und der Rechtfertigung derselben durch Bezugnahme auf die *redemptio* der *captiui* sehr sanguinisch vor.

danken, aber die aus denselben erwachsenen Schöpfungen, *beneficium cedendarum actionum* wie *a. negotiorum gestorum contraria*, sind beide zweifellos nicht uralt. Ueberhaupt aber scheint der Gedanke der aktiven Klagenübertragung in jene Zeiten kaum hineinzupassen; eher könnte man sich das Entstehen eines neuen Anspruchs gefallen lassen, doch steht auch dem allerlei entgegen. *A* zahlt für *B* den Schuldner, an den Gläubiger *C*; zahlte *A* direkt an *B*, so würde er nicht schon durch die Zahlung, sondern erst auf Grund der folgenden Damnation die *m. i.* wider *B* erhalten; die blosse Zahlung an *C* aber kann füglich wider *B* nicht mehr wirken, als die Zahlung an *B* selber, die Damnation des *B* aber in Abwesenheit desselben auch nicht vorgenommen werden. Mithin bleibt nur, dass die von dem Nichtschuldner (gleichviel ob Vindex oder Nichtvindex) für den Schuldner an den Injektionsgläubiger gemachte Zahlung als materielle Grundlage eines zwischen dem Zahlenden und dem für den gezahlt worden abzuschliessenden Nexums angenommen werden konnte. Dergleichen mag oft genug geschehn, wenn die drei Personen zur Stelle waren *nexi liberatio* und neue *nexi datio* in einen kontinuirlichen Akt verwoben sein, und die daraus entstehende Klage den allerdings auf vor der *l. Publilia* zurückliegende Verhältnisse weisenden Namen *a. depensi* erhalten haben. Ebenso wäre es nicht unmöglich, dass durch positives Gesetz dieselbe Klage gewissen Zahlern gewisser fremder Schulden schon früher als den Sponsoren gegeben worden wäre.

II. KAPITEL.

PIGNORIS CAPIO. — OPERIS NOUI NUNTIATIO.

SELBSTHÜLFE IM IUS PUBLICUM.

Das der Manusinjektion nächstverwandte Institut, zu dem eine direkte Ueberlieferung hinaufführt, ist die Pignoriskapion, die trotz der Verwandtschaft wesentlich verschieden von jener ist. Gleich ist sie ihr darin, dass sie die Forderung bis an das letzte Ende verfolgt, also das exekutive Element des Prozesses mitumschliesst, woneben die Quellen uns über den Punkt im Dunkeln lassen, wieviel von richterlicher Kognition sie in sich aufzunehmen vermochte; ferner darin, dass das ganze Verfahren fast ausschliesslich aus Handlungen des Klägers sich zusammensetzt, also in demselben Sinne wie bei der Manusinjektion als eine von staatswegen anerkannte und geregelte Selbsthülfe zu bezeichnen ist. Die Kraft des Klägers aber richtet sich hier unmittelbar nicht wider die Person des Beklagten, sondern wider Sachen desselben, während der Anspruch, dessentwegen diese Aktion stattfindet, wie bei der Manusinjektion, die Person selber trifft. Eben auf der Gleichheit der zu realisirenden Ansprüche beruht die wesentliche Verschiedenheit der beiden Verfahrensarten; diente die Pignoriskapion der Ausführung eines Rechts wider die Sachen, die pignorirt werden, so wäre der Parallelismus vollständig.

Demgemäss erscheint die Pignoriskapion als Produkt einer späteren, höheren Rechtsbildungsperiode. Wenn wir wissen, dass die Zwölftafeln sie für gewisse Sachen verordnet haben, so dürfen wir darum so wenig wie sonst gewöhnlich an eine Erfindung der Dezemviralgesetzgebung glauben; auch die

Pignoriskapion reicht in die Vortafelzeit zurück, doch weniger weit als die Manusinjektion. Wenn ich vermeine, dass ich von einem Menschen etwas zu fordern habe, so packe ich den Menschen an, glaube ich an einer Sache Recht zu haben, so fasse ich diese, wie dies bei dem Vindikationsprozess geschieht; beides entspricht einer rohnatürlichen ursprünglichen Anschauungsweise. Aber dass ich, wenn ich an den Menschen will, die Sachen ergreife, das setzt schon Reflexion voraus; ich muss die Sachen als etwas zu dem Menschen gehöriges betrachten, irgend eine rechtliche Beziehung zwischen Menschen und Sachen als vorhanden annehmen. Die Manusinjektion konnte zur Durchführung gleich des ersten Rechtes dienen, das erfunden wurde, die Pignoriskapion dagegen erst benutzt werden, nachdem man bereits andere, als das von ihr zu schützende, Rechte entdeckt hatte.

Trotzdem aber, dass die Pignoriskapion moderner ist als die Manusinjektion, wissen wir von ihrer Gestalt noch weniger als von der jener. Welches Recht hatte der Pfänder einstweilen an den genommenen Stücken? Was machte er schliesslich mit diesen? Ich will gern glauben, dass man um jenes anfänglich sich wenig gekümmert, der Faust zu schützen überlassen was die Hand genommen, und das ganze Verhältnis so lange es gehen wollte als ein überwiegend faktisches behandelt hat. Aber es konnte doch nicht ausbleiben, dass Ereignisse zwangen, auch über die rechtliche Natur des Pfandverhältnisses klar zu werden: wie z. B., wenn die Pfandstücke dem Pignerator fortgekommen wären, und der Gepfändete demnächst seine Auslösungsbefugnis geltend zu machen begehrte? Oder, nachdem die Sachen bei dem Dritten wieder aufgefunden sind, wer hat gegen diesen welche Klagen? Vermutlich war der prinzipale Zweck der Pfändung, den Gepfändeten zur Einlösung seiner Sachen und damit zur Tilgung der Schuld[1]) zu

---

[1]) Dernburg, Pfandr. I, 48 legt ms. Es. die Rechte an gegebenen und an genommenen Pfändern zu weit auseinander, und die Behauptung, dass *p. c.* sofort Eigentum gegeben habe, ist wenigstens nicht bewiesen. Der Satz, "dass eine *legis actio* Rechte geben müsste, nicht eine blos faktische Herrschaft", führt keinesfalls bis zur Annahme des Eigentums; überhaupt was heisst "Rechte"? Wäre ein Verhältnis, in dem ich befugt bin, bis auf Weiteres alle Angriffe mit Selbsthülfe zurückzuweisen, nicht auch schon ein Recht? Welches Recht gab mir die *manus iniectio* am Injekten? Ich weiss nicht, ob Dernburg geneigt

drängen; der eventuell durch Verkauf, und letztesfalls durch eigenen Eigentumserwerb an den fraglichen Stücken, beides nach mit der Zeit immer fester gewordenen Regeln, ersetzt werden mochte.

Auch über den Verlauf einer Pignoriskapion sind wir nur mangelhaft berichtet, namentlich für die Fälle erheblicher Konflikte unter den Parteien: beispielsweise wenn ein Unberechtigter pfänden oder ein Verpflichteter die Pfändung zu Unrecht weigern wollte; oder wenn bei der Auslösung der Pfandstücke Differenzen entstanden, sei es über Höhe des Einlösungsbetrags oder über den Zustand der Pfandstücke; auch Dritte konnten sich einmengen und die *pignora* bei oder nach dem Pfändungsakt als ihr Eigentum reklamiren. Für all diese Fälle muss es, wenigstens in späterer Zeit, eine Möglichkeit der rechtlichen Auseinandersetzung gegeben haben, fragt sich aber, wieweit diese in den Bereich der Pignoriskapion selber fiel.

Ueberall, wo die Interessen Dritter kollidiren, desgleichen bei den zeitlich vielleicht weitab liegenden Wiedereinlösungsstreitigkeiten, scheint das Hereinziehen in die Pignoriskapion aus sächlichen Gründen unzulässig. Anders bei den an die Pfandnahme unmittelbar sich anknüpfenden Reibungen unter den Parteien selber. Behufs dieser wäre nicht undenkbar an sich dass, ähnlich wie bei der Manusinjektion, nur mit dem Unterschiede dass was dort stets geschehen hier ausnahmsweise vorkommen konnte, die Parteien vor den Magistrat[2]) gezogen, und von diesem eventuell an einen Richter

---

ist, in dieser Beziehung so weit zu gehen wie Unger, Zschr. f. R. G. VII. 201 (Manusinjektion gleich Vindikation des Schuldners in die Schuldgefangenschaft, Assertion eines Jus über den Judikatus), aber wie man hierüber denken mag, schlechthin ins Eigentum bekommt Injicient den Injekten nicht, als Sache darf er ihn nicht behalten, sondern soll ihn verkaufen *trans Tiberim*. — Noch weniger beweist das Wort "*capere — capio*" für eine Zeit, die auch andere Wortbedeutungen, wie die von *dare*, noch nicht fest abgeschlossen hatte. So verschieden die äusseren Vorgänge bei dem *pignus capere* und dem *usu capere* waren, ebenso verschieden können auch die Wirkungen gewesen sein.

[2]) Wider die Ansicht Iherings (Geist 2. Aufl. I. 160), dass allemal der Pfandnehmer auch als Kläger aufzutreten gehabt habe, spricht schon der Umstand, dass die *p. c.* auch in Abwesenheit des zu Pfändenden vorgenommen werden konnte, und nicht abzusehen ist, wie der Pignerator, nachdem er bereits in den Besitz der Pfandstücke gelangt war, zur Anstellung der Klage zu ver-

gewiesen wären; der Bericht von Gajus (IV, 26—29) scheint aber auch hiemit kaum verträglich.

Bei einem Autor, der nicht präziser schreibt als Gajus, wird man das "*quod pignoris capio extra ius peragebatur*" kaum urgiren mögen, obschon das "*non aput praetorem*" durch das gleich darauf folgende "*plerumque etiam absente aduersario*" noch verschärft wird. Aber die *p. c.* geschah auch *nefasto die*, die Fortsetzung hätte also auf den *dies fastus* verschoben werden müssen; begann dann die ganze Aktion von neuem? Wer erhielt inzwischen den Besitz? Und welche Garantien erhielt oder gab der Pfänder oder der Gepfändete für diese Zwischenzeit? Sodann ist nicht zu übersehn, dass die *p. c.*, da sie in Abwesenheit des Gegners aber doch *certis uerbis* vorgenommen werden sollte, notwendig stets vor Zeugen geschehen musste, die nach Bedürfnis auch wider den Pfandnehmer zu gebrauchen waren. Also wussten beide Teile, dass ihre Handlungen offenkundig wurden, und hüteten sich vor jedem Tun, von dessen Rechtmässigkeit sie nicht selber überzeugt waren. Es dürften daher Konflikte überall selten gewesen sein, und es kann, auch wenn die *p. c.* selber nie zur richterlichen Disceptation hätte führen dürfen, nicht an Rechtsmitteln gefehlt haben, die Uebergriffe von der einen oder die Renitenz von der andern Seite zu ahnden. Unberechtigte Pfändung wäre, wenn nichts anderes, doch allemal *furtum usus* gewesen, und unberechtigter Widerstand des Pflichtigen konnte bei der Pignoriskapion nicht schwerer zu brechen sein als bei der Manusinjektion.

Ob die Pignoriskapion auch auf unbewegliche Sachen Anwendung finden konnte? Dawider spricht zunächst nur, dass das physische Ansichnehmen bei diesen schwerer auszuführen ist, und dass ohne kräftige Detention die Stellung des Pfandnehmers zu einer Zeit, wo die Besitzinterdikte noch nicht gefunden waren, in der Luft gehangen hätte. Viel grösser aber werden die Konstruktionsschwierigkeiten, wenn man nach den Worten von Gajus vor der grossen Lücke

---

anlassen gewesen. Dagegen scheint es unzweifelhaft, dass im Fall eigenmächtiger Verhinderung der Pfandwegnahme seitens des Belangten, dem abgewiesenen Pfänder die Klägerrolle zukam. Beides zusammen macht die Annahme, dass das gerichtliche Nachverfahren stets in den Begriff der *l. a. p. p. c.* mithineingezogen worden, nicht wahrscheinlicher.

in IV, 31, zu der Annahme greift, dass die *p. c.* die alte Form der *damni infecti actio* gewesen[3]) sei. Hier bekämen wir eine Pignoriskapion von ganz anderer Struktur als die sonst bekannte. Die Forderung ginge auf ein *incertum*, wäre noch nicht fällig, ja von der Bedingung abhängig, dass überhaupt ein Schaden stattfände; das *pignus captum* aber wäre nicht ein beliebiges Stück, das dem Schuldner zugehörte und nur als Zwangsmedium wider diesen in Betracht käme, sondern gerade das den Schuldner verpflichtende Etwas selber. Auch in der gegenwärtigen Gestalt rechtfertigt Gajus diese Annahme wol nicht.

Noch ein Zweifel knüpft sich an die Pignoriskapion. Ein Teil der Römischen Juristen leugnete den Legisaktionscharakter, während doch das Alter derselben feststand. Diese waren also der Ansicht, dass in alter Legisaktionenzeit neben den Legisaktionen wenigstens ein Rechtsmittel anderer Art, eine Nichtlegisaktion im Gebrauch gewesen. Aber ist es wahrscheinlich, dass eine solche Ausnahme wirklich allein gestanden hätte? Dass die *p. c.* für Nichtlegisaktion erklärt wäre von solchen, die sonst als Rechtsverfolgungsmittel nur Legisaktionen kannten? — Die hieraus erwachsenden Gedanken erhalten besondere Bedeutung, wenn man die Hypothese damit verbindet, dass die Pignoriskapion auch zu einem Verfahren vor Magistrat und Richter habe führen können. Dann hätte es also zur Zwölftafelzeit bereits zwei wesentlich verschiedene Gruppen von Rechtsmitteln, Legisaktionen und Nichtlegisaktionen gegeben, die beide staatliche Anerkennung genossen, und beide bei ihrer Durchführung wenigstens eine gewisse Unterstützung seitens der Staatsorgane erfahren konnte.

In dieselbe Gruppe von Rechtsmitteln wird auch die *operis noui nuntiatio* zu stellen sein. Der altcivile, in die Legisaktionenzeit gehörige Ursprung[4]) scheint erwiesen, und es ist kein rechter Grund zu bezweifeln dass dieselbe auch schon dem Zwölftafelrecht angehört habe. Aus dieser Annahme folgt

---

[3]) Wie Bethmann-Hollweg Röm. Civ. Pr. I. S. 204, N. 13 meint; anders denkt darüber Huschke I. A. zu der citirten Stelle.

[4]) Die von Adolf Schmidt hiefür wiederholt ausgeführten Gründe (Jahrb. d. gem. D. Rs. IV. S. 211 f., Krit. Vschr. VII. S. 292) müssen als durchschlagend angenommen werden; vgl. auch Karlowa Beitr. 72.

ohne weiteres, dass unsere Quellen, insbesondere der Pandektentitel *de O. N. N.*, von dem alten Rechtsmittel nur vereinzelte Spuren enthalten können, etwa soviel wie der Titel *de damno infecto* von der alten *legis actio d. i.*; das ganze Kautionswesen namentlich wird dort wie hier als späteres Zusatz- oder Ersatzstück aus der prätorischen Fabrik zu betrachten sein.

Die alte *o. n. n.* ist ein Akt rechtlicher Selbsthülfe, wie Pignoriskapion und Manusinjektion. Wie jene ist sie an bestimmte Formen gebunden, von denen nur, was durch das Wesen der Sache bedingt war, z. B. dass sie in Gegenwart des Opus und in Gegenwart von Jemand, der irgendwie als Vertreter des Berufenen zu betrachten sei, geschehn müsse, bis in spätere Zeiten und in die auf uns gekommene direkte Ueberlieferung hinein sich erhalten hat. Ihre nächste Wirkung ist die Begründung eines Verhältnisses des Nuntianten zu dem *opus nouum*, für das die Römer ja so wenig einen technischen Namen wie einen festen Platz im System [5]) gefunden haben (vgl. jedoch fr. 8. § 6 de O. N. N. 39, 1 von Paulus). Es ist dies ein *ius prohibendi* [6]), dessen Subjekt der Nuntiant, Objekt das Opus ist, und das, durch Eingriffe Dritter verletzt, zur Reaktion wider diese berechtigt. Das Medium dieser Reaktion ist in späterer Zeit das *interdictum demolitorium*, vordem vermutlich die Selbsthülfe des Nuntianten. Wer gehörig nuntiirt hatte, war auf Grund hievon zur Fortnahme der nachher wider sein Verbot vorgenommenen Bauausführungen berechtigt [7]), wie Pignerator und Injicient zur Betätigung ihrer Eigenkraft innerhalb der ihnen gemeinsamen Schranken. Aber, analog wiederum den Verhältnissen bei der *m. i.* und *p. c.* [8]) setzte das

---

5) Wenig auffällig, wenn man bedenkt was die Quellen über die systematische Einordnung des Pfandrechts ergeben, und welches Kopfbrechen diese Ergebnisse in neuerer Zeit gemacht haben.

6) Beiläufig ein Erzeugnis der Nuntiation selber, und also unabhängig davon, ob dieser ein fundirtes Verbietungsrecht zu Grunde liegt oder nicht.

7) Vielleicht könnte man in dem "*ex magna et satis necessaria causa*" des fr. 7 § 3 q. ui aut cl. (43, 24) noch einen Ueberrest des alten eigenkräftigen Demolitionsrechts finden, zumal wenn man mit Baron (Vschr. VII. S. 485) annehmen wollte, dass die Stelle von einem Nuntiationsfall handle. Als Regel müsste selbstverständlich diese Eigenmacht mit dem Aufkommen des restitutorischen Interdikts *ex o. n. n.* verschwinden.

8) Bezog sich die *p. c.* auch auf Grundstücke, so würde das aus derartigen

anerkannte Recht aus der Nuntiation als unentbehrliches Korrelat die Möglichkeit einer Prüfung des Rechts zur Nuntiation voraus. Liess der Nuntiat sich das Verbot einfach gefallen, gut; aber es muss auch Mittel gegeben haben, sich rechtlich dieses Eingriffs zu erwehren.

Die Prüfung des Rechts zur Nuntiation scheint nun stets in der Form eines ordentlichen Rechtsstreites[9]) über das zu Grunde liegende anfängliche, nicht erst aus der Nuntiation erwachsene, Verbietungsrecht geführt zu sein, wo von der einen Seite das *ius aedificandi* des andern Teils bestritten oder ein eigenes *ius prohibendi* behauptet, von der andern das *ius ita aedificatum habendi* und das fernere *ius aedificandi* dem gegenüber gestellt wird. Demnach kann die eigentlich rechtliche Gestaltung des Nuntiationsverfahrens, mögen die ersten Ansätze dazu weiter zurückfallen, in keine frühere Zeit zu verlegen sein, als wo der Rechsstreit über Servituten und ähnliches bereits entwickelt war. In diesem Prozesse über die Berechtigung zur Nuntiation trifft den Nuntianten allemal die Unbequemlichkeit der Klägerrolle[10]); auch ein Grund, vor leichtfertiger Nuntiation sich zu hüten. Kam der Nuntiat hiebei seiner Defensionspflicht im vollen Masse nach und gab er die nötige Garantie für Beseitigung aller dem Nuntianten nachteiligen Folgen aus der Fortsetzung des Baues, so führt dies zum Erlöschen des Rechts aus der Nuntiation, und der Nuntiat behielt bis zum Ergehen der richterlichen Entscheidung seine Disposition über das Werk, das er einstweilen beliebig weiterführen oder liegen lassen konnte.

Die volle Erfüllung der Defensionspflicht bestand ursprünglich wol in der Bestellung von Praedes[11]), später in Bestellung einer Kaution, die im Wesentlichen mit der *cautio iudicatum solui* übereinkommt. Der Nuntiat scheint insofern

---

Pfandnahmen resultirende Verhältnis dem Produkt der ältesten Nuntiation am nächsten gestanden habsn.

[9]) Arg. fr. 1 § 9 de O. N. N.: *et post operis noui nuntiationem committunt se litigatores praetoriae iuris dictioni* —. Noch bedeutsamer, dass der Zweifel über die Wirksamkeit einer nachfolgenden freien Einigung der Parteien von Celsus besonderer Erörterung wert gehalten worden (§ 10 ibid.).

[10]) Denn soviel wenigstens, wo nicht mehr, muss das "*nuntiatione possessorem aduersarium facimus*" (fr. 1 § 6, fr. 5 § 10 eod.) bedeuten.

[11]) Vgl. Schmidt Kr. Vschr. VII. S. 292.

bevorzugt gewesen zu sein, als wenn Nuntiant nicht sofort den Prozess über das Recht zur Nuntiation begann, es ihm, dem Nuntiaten, freigestanden unaufgefordert zu dieser Kautionsleistung vorzugehen[12]), und damit das Prohibitionsrecht aus der Nuntiation abzuschneiden[13]). Weigerte der Nuntiant die erforderliche Mitwirkung, so wurde das *per te stare quo minus satisdetur* der bestellten Kaution in dieser Beziehung gleichgeachtet. Die ausserdem mittels des Prätors zu erhaltende Remission interessirt, als zweifellos späteres Ursprungs, hier nicht.

Beiläufig, dass in Zeiten wo statt des *interdictum demolitorium* noch Selbsthülfe zur Anwendung zu kommen pflegte, leicht ähnliche Konflikte wie bei der Pignoriskapion eintreten konnten. Man denke an mangelhafte Nuntiationen, zumal solche die nach dem späteren Rechte nicht erst durch eine Remission zu beseitigen, sondern an und für sich das *interdictum de opere restituendo* zu tragen unvermögend gewesen[14]) wären, und wieder an Fälle wo der Nuntiat in der Tat gültige Nuntiationen für derartig ungenügend angesehen hätte. Es war durchaus natürlich, dass die Beteiligten alsdann zunächst Eigenkraft wider Eigenkraft ansetzten, aber es muss auch die Möglichkeit bestanden haben, eine rechtliche Entscheidung herbeizuführen, und diese Möglichkeit wäre auch hier in den beiden Formen denkbar: Fortführung des mit der Nuntiation begonnenen Verfahrens vor dem Magistrat; oder selbständiges Nachverfahren über die Rechtmässigkeit der von der einen und von der andern Seite vorgenommenen Handlungen.

Wir werfen einen Blick auf die Verhältnisse, welche zur Nuntiation berechtigen. Nach dem Quellenmaterial scheinen historische Unterscheidungen unmöglich, wir müssen die Nuntiationsgründe nehmen, wie wir sie in den Digesten zusammengestellt finden. Diese Zusammenstellungen lassen zu wünschen. Ulpian fr. 1 § 16 de O. N. N. 39, 1 unterscheidet selber:

a) *aut iuris nostri conseruandi causa,*
b) *aut damni depellendi,*
c) *aut publici iuris tuendi gratia;*

---

[12]) Vgl. Schmidt Giess. Zschr. N. F. VIII. 2, Jahrb. IV. 7, Vschr. VII. 10.

[13]) Fr. 8 § 4 de O. N. N. 39, 1 Paul: ... *cui nuntiatum est abstinere oportere, donec caueat uel donec remissio nuntiationis fiat* — Vgl. auch Karlowa Beitr. 74.

[14]) Vgl. über diese Karlowa a. a. O. 59 f.

preist aber dabei eine andere Dreiteilung des Sextus Pedius, die mit dieser keineswegs übereinkommt[15]). Zu a) ist die durchgängige Voraussetzung ein *ius prohibendi*[16]), das also, wenn es sich in der Nuntiation erfüllt, zugleich Grundlage des aus dieser erwachsenden neuen Prohibitionsrechts wird. Dies erste *ius prohibendi* ist aber offenbar kein selbständiges Recht, vielmehr nur ein Teil, oder eine Seite, eines Rechts an der Sache, des Eigentums oder einer Servitut[17]).

Bei b) ist nur an das *damnum infectum depellendum* zu denken, "*uel ut damni infecti caueatur*"[18]), einschliesslich natürlich desjenigen *damnum praeteritum*, das nach bekannten Regeln dem *d. futurum* gleichbehandelt wird. Hier bleiben verschiedene Zweifel: z. B. wenn dein Bau zugleich wider mein Recht wäre und weiteren Schaden drohte, ich habe *ius altius non tollendi* wider dein Grundstück, du baust über das Mass und in einer Art die Uebersturz auf mein Gebäude besorgen lässt, werde ich *iuris conseruandi causa?* oder *d. depellendi gratia* nuntiiren? oder vielleicht aus beiden Gründen? und

---

15) Fr. 5 § 9 eod.: *et belle Sextus Pedius definit triplicem esse causam operis noui nuntiationis, α) aut naturalem, β) aut publicam, γ) aut impositiciam.* α) "*naturalem cum in nostras aedes quid immittitur, aut aedificatur in nostro*", wobei anscheinend das Eigentum für das einzig "naturale" Recht erklärt wird, und γ) "*impositiciam cum quis postea quam ius suum deminuit alterius auxit, hoc est postea quam seruitutem aedibus suis* [aber kommt denn irgend etwas darauf an, dass er die Servitut selber aufgelegt hat?] *imposuit, contra seruitutem fecit*" zusammen treffen mit dem a) Ulpians überein; β) "*quotiens leges aut senatusconsulta constitutionesque principum per operis noui nuntiationem tuemur*" gleicht dem c) auffallend. Pedius hat also das b) Ulpians entweder ganz ausser Acht gelassen, oder unsichtbar in die von ihm angenommenen Kategorien versteckt.

16) Fr. 1 § 17 eod.: *nuntiamus aut* [*Fl. autem*] *quia ius aliquid prohibendi habemus* . . . .

17) Vgl. Schmidt Kr. Vschr. VII. 302: "Wer durch ein solches [*opus*] entweder in seinem Eigentum oder in seiner *seruitus praedii urbani* sich gekränkt erachtet (das ist der Hauptfall)."

18) Fr. 1 § 17 cit., cf. § 18: "*si forte damni infecti uelit sibi caueri*". Logisch richtiger wäre wol eine andere Einteilung:

A. zum Schutz nur des öffentlichen Interesses,
B. im Privatinteresse, indem
  a) ein anerkanntes Privatrecht,
  b) kein solches verletzt ist;

bei Bb) könnte dann weiter unterschieden werden, ob das Verfahren wider *damnum praesens* oder wider *damnum futurum geht.*

hätten diese Unterschiede in der Nuntiation Ausdruck gefunden? — Ferner: gegen welches *damnum* wird die Kaution mich schützen? Gegen jedes, was das *opus nouum* mir brächte? Du baust auf deinem freien Lande und verbaust mir damit das Licht, dessen meine Treibhäuser und Mistbeete notwendig bedürfen, kann ich darum mit Erfolg nuntiiren? Oder welche Beschränkungen kommen in Betracht? Aehnlich wie bei *aedes ruinosae?* Ist nur der Schaden zu heben, der durch ein Eindringen in meinen Rechtsraum bereitet wird? Oder durch jede räumliche Veränderung des in meinem Raum befindlichen: Du gräbst tiefe Gruben und legst meinen Brunnen trocken, oder meine Erde stürzt nach und meine Gebäude fallen ein? [19])
Bei c) entstehen andere Zweifel. Wie wenn die *leges edictaue principum* nicht das Interesse Aller gleichmässig im Auge gehabt hätten, sondern Einzelner in besonderer Lage befindlicher allein oder doch an erster Stelle, gilt hier doch das "*omnes ciues opus nouum nuntiare possunt*" für alle ohne jeden Unterschied? Oder, wo hierin eine Bevorzugung des Einzelnen nachweisbar wäre, würde man demselben darum ein wenn auch namenloses dingliches Recht [20]) zuschreiben müssen? und würde demgemäss seitens dieser Bevorzugten die Nuntiation nicht *publici iuris tuendi*, sondern *sui iuris conseruandi causa* geschehn?

Diese Fragen mögen beiläufig gestellt aber nicht gelöst werden; auf einige derselben werden die "Schlussbetrach-

---

[19]) Cf. fr. 24 § 12 de damno inf. 39, 2 Ulp.: . . . 1) *in domo mea puteum aperio, quo aperto uenae putei [tui] praecisae sunt, an tenear? ait Trebatius non teneri . . . .* 2) *si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.* Ist hiebei ein Prinzip erfindlich? Welcher Unterschied besteht zwischen der Entziehung von Erde und der von Wasser aus meinem Gebiet? und welcher zwischen der Bewirkung des Umsturzes einer Mauer (= Vernichtung derselben als solcher) und der Trockenlegung von Brunnen und Teichen (wiederum = Vernichtung derselben als solcher), zumal wenn man annimmt, dass diese Brunnen oder Teiche dem Betriebe eines industriellen Etablissements unentbehrlich wären?

[20]) Beispielsweise fr. 3 de mort. inf. 11, 8 Pomp.: *si propius aedes tuas quis aedificet sepulcrum, opus nouum tu nuntiare poteris . . . .* Damit war die Nuntiationsbefugnis des Einzelnen entschieden anerkannt; wie heisst das ihm zuständige Recht an dem sein Gebiet umgebenden, nicht mit Gräbern zu erfüllenden Grenzlande? — Vgl. vorläufig Böcking Pand. II. 47 f., Bekker Jahrb. d. gem. Rs. V. 187, zunächst in Betreff des dort angeführten Quellenmaterials.

tungen" zurückkommen. Dagegen ist das Verhältnis von "*actio*" und "Anspruch" bei den verschiedenen Nuntiationsfällen gleich hier näher in Betracht zu ziehen. Bei der *nuntiatio iuris nostri causa* erwächst der Anspruch aus der Verletzung des *ius nostrum*, des Eigentums oder der Servitut, Anspruch auf Beseitigung der Störung dieses Rechts durch das *opus nouum*, eventuell sammt Entschädigung für den daraus bereits erwachsenen Nachteil. Es handelt sich also um Leistung, die an sich materiellen Wert hat; leistungspflichtig ist wer für das *opus nouum* aufzukommen hat, berechtigt wem das *ius* zusteht. Zur Verfolgung dieses Anspruchs erwächst mit der Verletzung, also zugleich mit dem Anspruch eine *actio* aus dem dinglichen Recht, die nach ihrer Formulirung *actio in rem*, *negatoria* oder *confessoria* ist. Für denselben Anspruch aber erhalte ich noch eine zweite *actio*, und zwar eine persönliche, durch die *cautio ex operis noui nuntiatione.* Die eine *actio* wie die andere gibt mir zunächst weiter nichts als die Möglichkeit, meinen Gegner *in ius* zu laden und hier vom Prätor zu fordern ein *iudicium* nach Massgabe der angestellten *actio;* die Verurteilung *in iudicio* ist vom Bestande des Anspruchs abhängig. Wie hier die eine *actio* zur andern wegen desselben Anspruchs hinzutritt, ebenso könnte auch die eine, z. B. durch Anstellung und Prozessfehler oder Prozessverjährung oder durch Vertrag, in Wegfall kommen ohne die andere Aktion und ohne den Anspruch in Mitwegfall zu bringen; und in völlig gleicher Weise könnten beide Aktionen in Wegfall kommen, ohne notwendigerweise den Anspruch in Mitwegfall zu bringen, was ich behielte wäre ein Anspruch ohne Aktionsschutz.

Bei der *nuntiatio damni depellendi gratia* bewirkt die *cautio ex o. n. n.* ganz in gleicher Weise die Begründung einer *actio in personam.* Diese *actio* steht aber nicht notwendig im Konkurrenzverhältnis mit einer andern wegen desselben Anspruchs, der Anspruch könnte übrigens auch (aktions-) schutzlos sein[21]). Zudem wird beim *damnum* die *actio* bestellt für einen einstweilen noch nicht existenten Anspruch, letzterer

---

[21]) Fr. 6 de damno inf. 39, 2: *euenit ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione.* — Gajus denkt wol zunächst an das *damnum*, das von *aedes ruinosae* ausgeht, aber bei dem *opus nouum* steht es nicht anders.

tritt ins Leben wann der Schaden gegenwärtig wird, bis dahin habe ich eine *actio* ohne Anspruch. Dabei entsprechen "*actio*" und "Anspruch" wieder den früheren Begriffsbestimmungen, als Recht auf Judicium und als Recht auf Leistung, das, sobald Judicium gegeben ist, darin Berücksichtigung zu finden hat.

Wo die Nuntiation *iuris publici tuendi gratia* erfolgt, kann ein Anspruch blos der *res publica* zustehen, wenn *in sacro* oder *in publico* gebaut würde, was Keinen mehr belästigt als Alle; es kann aber auch irgend ein Einzelner ein besonderes Interesse und demgemäss einen besonderen Anspruch dabei haben. Im ersten Falle hat nicht jeder Bürger schon die erst durch die *cautio ex o. n. n.* zu erwartende *actio*, aber doch die Möglichkeit, sie zu erwerben:

fr. 3 § 4 de O. N. N.: . . . *omnes ciues opus nouum nuntiare possunt*,

fr. 4 eod.: *nam reipublicae interest, quam plurimos ad defendendam suam causam admittere.*

Das Bild ist klar: die *respublica* hat das Interesse, es ist *sua causa*, die Verfolgungsmittel stehen jedem Einzelnen zu. Auf die Komplikationen des Privatinteresses mit dem öffentlichen ist hier nicht näher einzugehen, neue Rechtsbegriffe kommen dabei nicht zum Vorschein, nur Verbindungen der schon betrachteten.

Aber eine Frage bezieht sich auf alle Arten der Nuntiation gleichmässig: was ist denn die *nuntiatio* selber, das Verfahren bis zu der Kautionsleistung eigentlich? Bisher haben wir sie als Mittel einen Aktionsbegründungsakt, die Kaution, zu bewirken durchgehen lassen. Die Auffassung ist berechtigt gewis, da das Entstehen einer neuen *actio* aus dem Kautionsakt unbestreitbar ist, für das Wesen der O. N. N. in dieser Begrenzung aber scheint sie noch nicht genügend bezeichnend. Man könnte die O. N. N., wie es überhaupt Klagen gibt die nur auf Abschliessung oder Aufhebung eines Kontraktes hinauslaufen, erfassen als *actio* zur Durchführung eines Anspruchs auf Kontrakt, Kautionsstellung gleich Aktionsbegründung. Der älteren Anschauung möchte dies kaum gemäss sein: das *opus nouum* wird dich rechtswidrig verletzen, du hast einen Anspruch darauf dass es nicht entstehe, (ich gebe zu, dass der Begriff des Anspruchs

hiebei etwas vage Gestalt bekommt, aber die menschlichen Gedanken sind nicht alle klar, namentlich nicht gleich bei dem Entstehungsanfang) die O. N. N. ist die rechtliche Selbsthülfe, die *actio* in diesem Sinne, mit der du deinen Anspruch durchführst. Dein Wort begründet den Bann der Sache, dieser besteht uranfänglich so lange fort, bis nachgewiesen wird dass du zu Unrecht nuntiirt hast; eine spätere Erleichterung des Nuntiaten, dass er den Bann auch damit schon beseitigen kann, wenn er dem Nuntianten nicht blos ein regelmässiges Klagrecht *(actio)* einräumt, sondern auch für den Erfolg desselben und für eventuelle völlige Ausgleichung der angeblichen Rechtsverletzung, durch Präden und was nachher an deren Stelle getreten, volle Gewähr gibt. Es würde hiernach das ganze Nuntiationsverfahren erscheinen als Ein Verfahren, Eine *actio*, aus der, wie auch sonst häufig, eine so zu sagen Inzidentaktion hervorgeht, und die Tendenz dieses Verfahrens sich kehren direkt wider das *opus nouum* und den aus demselben resultirenden Schaden, also weit über die Produktion eines neuen Angriffsmittels hinaustragen.

Hieran knüpft sich die Frage, welchen Platz unter der Herrschaft der Legisaktionen die Nuntiation im System der Rechtsmittel eingenommen. Entweder sie muss betrachtet sein, als ein ausserhalb der Legisaktionengruppe stehendes Etwas, oder als Abart irgend einer der Legisaktionen, und da an *p. c.* und *m. i.* nicht wol zu denken wäre, entweder der *sacramenti a.* oder der *iudicis p.* Welcher Annahme man folge, darf es nicht wahrscheinlich dünken dass die O. N. N. gerade ein Unikum gewesen, sie wird ihres gleichen gehabt haben. Dies mag, freilich nur schwaches, Licht auf die alte Gestalt des Verfahrens wegen *damnum infectum* werfen. Wird Schaden aus einem auszuführenden Werke *(opus nouum)* besorgt, so ist die *o. n. nuntiatio* das Mittel, die *cautio d. i.* zu beschaffen, bevor der Schaden eintritt; ähnlich mag, wo *aedes ruinosae* oder andere ähnlich vitiöse Immobilien Schaden drohten zunächst mit einem Formalakt an Ort und Stelle vorzugehen gewesen sein. Die Kaution, wie wir sie kennen, ist in beiden Fällen ein prätorisches Gebilde, das beide Male an Stelle ein und desselben altcivilrechtlichen Sicherungsmittels getreten sein könnte. Auch wäre es nicht undenkbar dass wo der die *aedes ruinosae* betreffende Formalakt mit keiner

Sicherheitsstellung beantwortet worden sein sollte, wer den Akt vorgenommen befugt gewesen wäre, sich eigenmächtig in Besitz zu setzen. Der Unterschied von der Pignoriskapion ist evident: bei der *p. c.* beginnt das Verfahren mit der Okkupation, und es ist darum kein solches Verfahren daneben denkbar; nach unserer Auffassung wäre der Anfang ein harmloser Formalakt, und erst wenn der Gegner dem in der gebotenen Weise zu entsprechen unterliesse, also zur Strafe gleichsam erfolgt die Besitznahme.

Schliesslich ist kurz darauf zu verweisen, dass dieselben Formen der rechtlichen Selbsthülfe auch in der Praxis des *ius publicum* wiederkehren.

Da ist, um mit dem zuletzt erwähnten zu beginnen, die *operis noui nuntiatio publici iuris tuendi gratia*, zu üben von jedem aus dem Volke, in ihrem Verlaufe, soviel wir wissen, der im Privatinteresse vorgenommenen, ganz gleich.

Da ist zweitens die *pignoris capio*, auf diesem Gebiete zu üben nur von einem Magistrat, von nicht zu bestreitender Aehnlichkeit aber stark bestrittener Gleichheit mit der privatrechtlichen *p. c.* Sie scheint gewesen zu sein das nächste Mittel um Renitenz zu brechen, aber auch zur Exekution, der von dem Magistrat diktirten Mult gedient zu haben[22].

Auch die *manus iniectio* wird zur Anwendung gekommen sein, bei den Staatsforderungen, die auf einem gesetzlichen *dare damnas esto*[23]) beruhten.

Daneben aber stehen andere dem *ius publicum* eigentümliche Exekutionsformen, beim "*multam irrogare*" so gut wie bei dem "*multam petere*", die Forderung von Präden, persönliche Verhaftung, Beschlagnahme des Vermögens; desgleichen wo das Gesetz ein "*poena esto*" enthält. Die den eminent publizistischen und kriminalistischen Prozessarten als regelmässiges Glied angehörende Prädenstellung kommt nun aber auch ausserhalb derselben vor, soviel wir wissen, in gleicher Gestalt: bei Staatsforderungen die, abgesehen davon dass eben der Staat Gläubiger ist, durchaus privatrechtlicher Natur zu sein scheinen. Zudem pflegt der Staat sein Recht wider die Präden nicht selber an's Ende zu verfolgen, es kommt zum *praedes*

---

22) Vgl. Bruns Zschr. f. R. G. III. 350 f.

23) Bruns a. a. O. 360 f.

uendere das, soviel sonst über Sinn und Bedeutung noch gestritten werden mag, die Ausführung des Rechts gegen die Präden Privatpersonen in die Hand gibt. Ja bei einzelnen Rechtsverhältnissen erfolgt die Uebertragung auf Private so regelmässig und so früh, dass hier das Recht wider die Präden, wie namentlich bei den *praedes litis atque uindiciarum*[24]), nur als Privatrecht im Leben erscheint, und schon den Römern das Bewusstsein abhanden kommen konnte, dass dies doch ein ursprünglich staatsrechtliches Rechtsverhältnis gewesen sei.

[24]) Der prozessleitende Magistrat, der nach dem "*mittite ambo hominem*" selber als Quasisequester das Streitobjekt inne hat, erteilt die Vindizien, und erhält dagegen von dem Empfänger Präden für eventuelle Rückgabe. Da aber die Verfolgung dieser *praedes* für ihn und den von ihm vertretenen Staat ohne direktes Interesse und dabei zugleich mühvoll wäre, so überweist er sie (was nach dem Vorbild des *praedes uendere* möglich gewesen sein muss) sofort demjenigen, der an der eventuellen Verfolgung eigenes Interesse hat.

III. KAPITEL.

LEGIS ACTIO SACRAMENTO. — LEGIS ACTIO PER IUDICIS POSTULATIONEM.

Im Anschluss an das oben (I. 19 f.) Bemerkte würden wir uns die Entstehung der *l. a. sacramento* etwa folgendermassen zu denken haben. Die *manus iniectio* war als Rechtsmittel bereits anerkannt; das Rechtliche bei derselben aber, während die tatsächliche Durchführnng der eigenen Kraft des Angreifers überlassen blieb, bestand vornehmlich in zweierlei. Darin einmal, dass die Bewegungen dieser Kraft, so lange sie sich innerhalb der gesetzten Schranken und Formen hielt, in Uebereinstimmung mit dem Staatswillen geschahen, dass der Staat also selber ihnen moralische Unterstützung lieh, und physische Unterstützung, die von einzelnen Bürgern in der gleichen Richtung ausgehen mochte, als rechtmässig anerkannte, wogegen er jede physische Unterstützung des Widerparts verdammte; zweitens darin, dass sobald die Parteien *in iure* erschienen waren, das Staatsorgan, der König, zur erforderlichen Mitwirkung bei diesem Verfahren sich gebunden achtete.

Andere Streitformen, ein *pignoribus certare* namentlich, mögen gleichfalls in uralter Zeit schon bestanden haben, möglich, dass auch bei ihnen der König zuweilen als höchster Schiedsmann eingegriffen; aber es waren dies doch keine Rechtsstreitsformen, da einerseits für den Angegriffenen keinerlei Verpflichtung existirte auf den Streit sich einzulassen, und wo er von dem Angreifer durch physische Uebermacht dazu gezwungen wäre, diese Betätigung der Eigenkraft auf öffentliche

Billigung keinen Anspruch gehabt hätte, andererseits der König so wenig wie ein Dritter irgend als verpflichtet sich betrachten mochte, die Mühen und Unbequemlichkeiten des Schiedsamts zu übernehmen. Alles beruht auf dem freien Willen aller Beteiligten, selbst die Ausführung des ergehenden Schiedsspruchs.

Die Schöpfung eines Rechtsmittels aus dieser uranfänglichen Bildung ist dann dadurch geschehn, dass gewisse derartige Schiedssprüche, wenn sie einen bestimmten Inhalt hatten und nach einem bestimmten Vorverfahren zu Stande gekommen waren, für rechtsverbindlich, d. h. durch *manus iniectio* vollstreckbar erklärt wurden, ein Gedanke, der namentlich für die durch ein glaubhaftes Verfahren unter öffentlicher Autorität festgestellten Geldschulden als sehr nahe liegend angenommen werden mag. Mit der Anerkennung der Exekutionsfähigkeit ging die Regelung des Vorverfahrens Hand in Hand: der Angegriffene wurde verpflichtet auf dieselbe sich einzulassen, eventuell dem Angreifer auch hier die Manusinjektion gestattet, und die staatliche Mitwirkung zur Herstellung des *iudicium* unter bestimmten Voraussetzungen fest zugesagt.

So trat die *sacramenti a. in personam* ins Leben. Wir haben keinen bestimmten Anhalt, dieselbe für jünger, oder für älter zu halten als die *s. a. in rem;* die Quellen enthalten kein Material für Entscheidung der Frage. Die *s. a. in rem* kann ihres Inhalts wegen nicht in ebenso nahe Beziehungen zur *m. i.* treten; vielleicht aber verband sie sich desto inniger mit einer andern uralten Rechtsstreitform. In der späteren *l. a. s. in rem* scheinen viele altertümliche Elemente zu stecken, die mit dem Sakramentsprozess selber nichts zu schaffen haben, wie denn in der einfachen *s. a. in pers.* nichts Analoges zu finden ist. Alle diese können wir als Stücke der Vindikation bezeichnen, zumal die entsprechenden Wortformeln wiederholt vorkommen. Auf Grund hiervon lassen sich weitere Hypothesen aufbauen. Neben der *manus iniectio* als einzigem Rechtsverfolgungsmittel für die Sachen *in personam* mag noch in ältester Zeit eine Vindikation für die Sachen *in rem*, oder was wol noch wahrscheinlicher für die Verfolgung von Rechten an beweglichen Sachen bestanden haben. Denn einmal waren die Verhältnisse an Grund und Boden ursprünglich schwerlich solche, die eine private Rechtsklage zu schützen

gehabt hätte; sodann scheint in der Gestalt der späteren Vindikation manches darauf hinzudeuten, dass das Verfahren zuerst für Mobilien entwickelt, und danach auf Immobilien übertragen worden ist. Die eigene Tätigkeit des Angreifers wird bei dieser uranfänglichen Vindikation kaum eine weniger umfangreiche Rolle gespielt haben als bei der *m. i.*, dürfte aber mehr gegen die Sache selbst als gegen die Person des Inhabers gerichtet gewesen sein.

Die *l. a. s.* hätte demnach bei ihrer Einführung zwei bereits anerkannte Rechtsmittel vorgefunden, und zu diesen sich selber sehr verschieden gestellt. Die *m. i.* behielt zunächst ihre alte Gestalt und ihr altes Anwendungsgebiet, nur dass dasselbe durch die Einführung der *l. a. s.* noch erheblich erweitert wurde. Bei all den Sachen *in personam*, die jetzt erst klagbar wurden, suchte die für diese in Anwendung kommende *sacramenti actio* in das Verhältnis einer näheren oder ferneren Anlehnung zu der *m. i.* zu treten, die selber bei dieser Benutzung völlig unverändert verblieb. Dagegen wurde die alte gewaltsamere *uindicatio* von der neuen *s. a.* ganz beseitigt, und während alle mit ihr früher zu verfolgenden Sachen nunmehr in das Gebiet der *s. a. in rem* fielen, nahm diese zugleich viele Einzelheiten von der alten Vindikationsform in ihr Ritual auf. Aber auch zur *m. i.* trat die *s. a. in rem* in gewisse Beziehungen, sicherlich was die Einleitung (*in ius uocatio*) betraf, vielleicht auch betreffs der Exekution. — Vielleicht trägt diese Hypothese bei, die auffällige Erscheinung zu erklären, dass die ihrer inneren Beschaffenheit nach heterogensten Sachen (*in rem* und *in personam*), nach den Berichten unserer direkt am weitesten zurückführenden Quellen, mit einem und demselben Rechtsmittel (*l. a. sacr.*) zu verfolgen gewesen sind, während doch zur gleichen Zeit schon eine Mehrheit von unter sich verschiedenen Rechtsmitteln erfunden war.

Zur *p. c.* scheint die *l. a. s.*, weder die *in rem* noch die *in personam*, je in näheren Beziehungen gestanden zu haben.

Von der *m. i.* unterscheidet sich die *s. a.* vornehmlich durch das Zurücktreten der klägerischen Eigenkraft, und durch eine gewisse hieraus hervorgehende Unvollständigkeit, indem man für diesen Verlust genügenden Ersatz aus der Gemeinkraft nicht gleich zu schaffen wusste, oder auch nicht schaffen

wollte, wenn, wie oben angedeutet ist, der Zweck des Verfahrens nur darauf ging, Streitsachen in die Lage zu bringen, dass sie mit der *m. i.* aufgenommen und durchgeführt werden konnten. Der Lückenhaftigkeit der Quellen wegen erscheint uns diese Unvollständigkeit der *l. a. s.* vielleicht auch noch grösser als sie in Wirklichkeit gewesen, da wir nur für einen Fall (*certam pecuniam dari oportere*) erfahren, wie die Sachen bis unmittelbar an die *m. i.* geführt wurden, in allen andern aber über das Ob und eventuell über das Wie mehr oder weniger im Zweifel bleiben.

Eine hervorstechende Eigentümlichkeit der *l. a. s.* liegt sodann in der Konzentration auf eine einzige mit Ja und Nein zu beantwortende Frage, von der die Entscheidung über die von beiden Teilen früher zu setzenden, später nur noch zu versprechenden Sakramente abhängt. Es ist an und für sich natürlich, dass mit der fortschreitenden Entwickelung eines Volkes die Rechtsverhältnisse komplizirter und bunter werden, und dass die ältesten Prozessformen der Einfachheit der Verhältnisse, die in ihnen verhandelt werden sollen, gemäss gestaltet sind. Aber dies allgemein Natürliche tritt bei den Römern in besonderer Steigerung hervor, wofür schwerlich ein anderer Grund als das früh entwickelte praktische Geschick und ihre vorzügliche geistige Begabung für Ausbildung des Rechts zu entdecken sein wird. Nur zweifellose offenkundig greifbare Sachen sollten mittels der *m. i.* realisirt werden, und die *s. a.* entsprach dem Zweck, solche offenbare Greifbarkeit herzustellen aufs Beste. Der Richter kann kein abwegiges Urteil fällen, sein Spruch muss stets, auch wenn er vielleicht mit dem s. g. materiellen Rechte nicht im Einklang stehen sollte, formell sachgemäss, d. h. von der Art sein, dass die Sache dadurch eine Erledigung findet. In gleicher Weise zwingt die Form die Parteien zu sachgemässen zusammentreffenden, niemals, wie das bei Rechtsstreitigkeiten sonst leicht der Fall, aneinander vorüberschiessenden Auslassungen, und was wir über die Details der Prozessform wissen, scheint auch alles derselben Absicht entsprechend erdacht zu sein. Schliesslich mag hier beiläufig erwähnt werden, was nachher genauer auszuführen sein wird, dass, wo eine *litis aestimatio* an das Sakramentsverfahren herangezogen wurde, in dieser das Mittel zur grösseren stofflichen Ausdehnung des einzelnen Prozesses

gegeben war, ohne dass damit der Festigkeit und Zuverlässigkeit des ganzen Verfahrens Abbruch getan würde.

Viel gestritten ist über das Wesen des Sakraments. Da es sich bei diesem Streite weniger um die Bedeutung der Sakramente für den Prozess, als darum handelt, wie Stücke von feststehender Bedeutung zum Namen der Sakramente gekommen, so hat diese Frage für uns weniger Interesse[1]) als andere, namentlich die, welche das Anwendungsgebiet der *l. a. s.* betreffen und, was hiemit zusammenhängt, die Gestalt der einzelnen Aktionen.

Die Bestimmung des Anwendungsgebiets fordert vor allem den Versuch einer Grenzregulirung nach Seiten der *iudicis postulatio* hin; auch gegenüber der *manus iniectio* scheinen Grenzirrungen unvermeidlich, doch in beschränkterem

---

[1]) Ueber den Wert der fraglichen Untersuchungen an sich soll damit nicht abgesprochen sein, der Schwerpunkt liegt aber auf einer andern Seite, als auf der wir uns hier bewegen. Mag. nun *sacramentum* gewesen sein ein den Göttern geweihter Vermögensteil, oder eine an die Götter zu zahlende Strafsumme, oder der alte Soldateneid, oder eine Strafe der Eidbrüchigkeit, oder ein assertonischer Eid, was bei der *l. a. s.* geschieht wird deshalb nicht anders, nur das Warum. Für die Entstehungsgeschichte der *s. a.* also und für den ganzen geschichtlichen Ausbau der ihre Entstehung umgebenden Verhältnisse, namentlich sofern diese sakraler Natur sind, ist die Wichtigkeit der Frage unverkennbar, die aber, was den Zuschnitt des Sakramentsverfahrens selber und die aus diesem später herauswachsenden Prozessformen anlangt, hinter vielen anderen zurücksteht.

Doch mag hier noch eine Bemerkung, die an Danz Z. S. f. R. G. VI 333 f. anknüpft, Platz finden. So verschieden die Ansichten der Einzelnen sind, so leicht ist doch eine Gruppirung, die nur zwei Parteien bestehen lässt. Die Einen halten sich nur an die zweifellos bezeugten Vorkommnisse des Sakramentsprozesses, und bezeichnen diese mit mehr oder weniger zutreffenden Namen, eine Erklärung des Wortes *sacramentum* vermeiden sie, oder lassen sich an dem Varronischen, dass in *sacro* deponirt worden, genügen; so die von Danz zu 1 u. 2 aufgeführten, denen auch Mommsen (Röm. G. 4 Aufl. I 155 f.) und Referent (Proc. Cons. 29 f.) anzureihen wären. Alle anderen, die von Danz unter 3—7 genannten und er selber gehen aus auf tiefere Begründung der Eigentümlichkeit des Verfahrens, und suchen diese aus dem Worte *sacramentum* und dem hierin liegenden Hinweis auf Beziehungen zum Sakralrecht zu gewinnen, wobei sie freilich in den Resultaten viel weiter auseinander geraten, als die Glieder der andern Gruppe. Die Verdienstlichkeit dieses Vertiefungsstrebens ist nicht zu verkennen, doch liegt in der grossen Divergenz der Resultate auch eine genügende Entschuldigung für das Verfahren der Andern, da der Zweifel nur zu wohl begründet erscheint, ob unsere Quellen auf diesem Wege ein Vordringen bis zu leidlich festen Ergebnissen gestatten.

Umfange. Die Schwierigkeiten bestehen hier vornehmlich nur für die Klagen aus Delikten auf Geldstrafen, daneben etwa für die *auctoritatis a.* Welche von diesen Pönalklagen waren ursprüngliche Manusinjektionen? und gibt es darunter solche die aus der *m. i.* in die *s. a.*, und von hier erst in den Formularprozess übergegangen sind? Aber neben diesen zweifelhaften liegt eine grössere Reihe fester Punkte.

Ganz anders bei der *iudicis postulatio.* Von dieser haben wir direkte Ueberlieferungen nicht mehr als erforderlich sind um uns die unangenehmste Empfindung der Unwissenheit zu erwecken. Auf der einen Seite wissen wir, dass den Römern die *a. sacramenti* als *generalis* galt — "*quibus rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur*"; andererseits gibt es einzelne als zwölftafelmässig bezeugte Sachen, namentlich Teilungen und Schätzungen, die in die Sakramentsform (ebenso wie in die der *m. i.* oder der *p. c.*) durchaus nicht hineinpassen. Es scheint naheliegend, die *i. p.* als die für diese bestellte Form anzunehmen. Die Erweiterung der *iudicis postulatio* zur *iudicis arbitriue postulatio* machte im Anschluss an die bekannte Sigle *T. PR. I. A. V. P. V. D.* wenig Schwierigkeit; nur für die Begrenzung fehlt uns hiernach jeglicher Anhalt. *i. a. u. p.* für die Sachen welche nicht in die *s. a.* passen, und für diejenigen hineingehörigen, welche wir gleichsam als Grundstock des ganzen Bestandes anzunehmen haben; und doch galt diese *i. a. u. p.* nicht als *generalis actio.*

Und ferner. Wer sagt uns, dass je, und namentlich zur Zwölftafelzeit, die Legisaktionen die einzigen Mittel einer vom Staat in der einen oder andern Art anerkannten Rechtsverfolgung gewesen? Die *p. c.* wurde von Manchem für Nichtlegisaktion erklärt, wir wissen nicht ob irgend wer die *o. n. n.* für *l. a.* ansprach[3]); warum können nicht auch den Zwölftafeln

---

[2]) Gai. IV. 20 wäre inkorrekt gedacht, wenn nicht Sachen, die später in die *condictio* fielen, früher mit der *i. p.* durchzuführen gewesen; die ganze Anführung der *i. p.* an dieser Stelle müsste als logischer Fehler gelten der von Keller (Civ. Pr. N. 241) nur verdeckt aber nicht gehoben wird. Dass Gajus solchen logischen Fehler nicht habe begehen können, will ich nicht behaupten, aber auch die Annahme im konkreten Falle nicht wagen ohne zwingenden Beweis, der bis jetzt von keiner Seite angetreten geschweige denn erbracht ist.

[3]) Vgl. oben II. 53 f.

schon bekannte Arbitria ausserhalb der Ordnung der Legisaktionen gestanden haben? Inbesondere was die *arbitria liti aestimandae* anlangt, scheinen drei Möglichkeiten sich neben einander zu stellen: sie galten

a) als Teil der *l. a.*, der sie folgten,
b) als Legisaktionen für sich,
c) als andere für sich bestehende, aber ausserhalb des Legisaktionenkreises liegende Rechtsmittel.

Nach allen Seiten behält die Konjektur Spielraum zur freien Bewegung.

Auf so schwanker Grundlage ist ein methodisches Vorgehen kaum anders zu ermöglichen, als indem man, unter Beiseitelassen aller häuslichen Auseinandersetzungen zwischen *s. a.* und *i. p.*, festzustellen nur sucht, welche Sachen überhaupt mittels dieser nichtexekutivischen Legisaktionen durchzuführen gewesen sind. Beiläufig mag bei denjenigen, welche der Sakramentsform unbezwinglich widerstreben, die dreifache Möglichkeit erwogen werden, dass dieselben entweder in das spezielle Gebiet der *iudicis postulatio* gehört, oder als Legisaktionen ausserhalb des uns bekannten fünfgeteilten Schulschemas gestanden[4]) haben, oder endlich gar ausserhalb des Legisaktionengebiets belegene Rechtsmittel gewesen seien.

Klagbar war einmal die Formel "*rem meam esse aio*", mit

---

[4]) Gajus sagt III. 88: . . . *omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto.* § 89: . . . *de his quae ex contractu nascuntur. harum quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio, aut uerbis, aut literis, aut consensu.* — Wenn wir nichts weiter besässen, wer würde behaupten mögen dass auch *quasi contractus* und *quasi delicta* obligirt hätten, und dass unter den zu Gajus Zeit lebendigen Kontrakten viele waren, die in dieses Vierfach sich nicht wollten unterbringen lassen, wie namentlich der *contractus auctoritatis* und *fiduciae?* — IV. 39 hat Huschke gegen die handschriftliche Autorität zu heilen, Gajus selber zu bessern gesucht; aber nach dem was geschrieben, möchte man doch erwarten, dass die *formulae* nur eben die vier Stücke in sich begriffen hätten, *demonstratio intentio adiudicatio condemnatio*, keine *iudicis datio* u. s. w. — Wenn hiernach, und auch fernere Beläge werden nicht schwer zu finden sein, die Ungenauigkeit wol nicht blos der Gajanischen, sondern überhaupt der Römischen Schulzählungen feststeht, so wäre es immerhin möglich, dass die von Gajus IV. 11 seq. aufgeführten *quinque modi lege agendi* nur die Hauptarten gewesen, neben denen noch andere in Uebung standen, die zu systematisiren man eben unterlassen hatte, und die, da sie seiner Zeit bereits aus der Uebung verschwunden waren, Gajus mit noch besserem Gewissen übergehen durfte als die *a. fiduciae* oder *a. auctoritatis.*

vielen Neben- und Nachbildungen. Klagbar war ferner zweifellos das "*certam summam dari oportere*" und das "*certam rem d. o.*"; freilich dass beide gleich alt, wäre zu beweisen so wenig wie sein Gegenteil. Vor der *l. Calpurnia* aber muss das *certam rem d. o.* mit der *l. a. s.* schon zu verfolgen gewesen sein und die Entstehung dieser Verfolgbarkeit in die Nachzeit der Zwölftafeln zu verlegen, ist auch nicht der mindeste Grund vorhanden. Im Gegenteil scheint es, als ob auch noch viel vorgeschrittenere Gebilde in das Zwölftafelrecht verlegt werden müssten.

In Frage kommen namentlich die verschiedenen Gestalten eines geschuldeten Incertums, sowie die unmittelbare Anknüpfung der Legisaktion an Tatsachen. Bei allen diesen ist aus formellen Gründen wider die Zulässigkeit der *l. a. s.* kaum etwas zu erinnern: die Prozesswette konnte an ein "*incertum deberi*" gerade ebenso gut angeknüpft werden, wie an das "*certum deberi*", und war nicht minder gut an ein "*factum esse*" oder "*Numerium fecisse*" anzusetzen. Unmittelbar manusinjektionsfähig wurde die Sache jedoch nur durch den über die *certa pecunia* ergangenen Spruch, in allen anderen Fällen musste mit einem *arbitrium liti aestimandae* oder Aehnlichem nachgeholfen werden, und hiefür wieder machte es wenig Unterschied, ob als Ausgangspunkt ein "*certam rem deberi*". oder ein "*incertum deberi*" oder ein "*factum esse*" gegeben war. Desgleichen ist es einleuchtend, dass ein solches Aestimationsverfahren ununterschiedlich ebenso gut wie auf das Simplum auch auf das Duplum oder ein anderes Mehrfaches des Schätzungsobjekts gerichtet werden konnte.

Von den speziell als klagbar aus dem Zwölftafelgesetz bezeugten Sachen gehen einige auf feste Summen. So das Fällen fremder Bäume mit der Strafe von XXV a., gewöhnliche Injurien mit ebenso viel, *os fractum aut conlisum* mit CCC beim Freien, LX beim Sklaven. Einigen Anhalt für die Art der Klage gibt nur Gajus IV. 11: es muss die Sakramentswette nach dieser Erzälung irrtümlich an ein

ob uites succisas certam pecuniam deberi

geknüpft worden sein [5]), während sie an ein

ob arbores succisas c. p. d.

---

[5]) Ich wiederhole hiemit die Auslegung der Stelle, die ich schon Proc. Cons. 31 gegeben, und die meines Wissens nirgends improbirt ist, vgl. Keller

zu knüpfen gewesen wäre; "*ob uites succisas deberi*", ist mir Derartiges nicht bekannt, sagte der Richter, steht nichts davon in den Gesetzen. Es ist wol nicht unwahrscheinlich, dass die genannten Injuriensachen in entsprechender Weise einzuformeln gewesen.

Zweifellos aber kannten die Zwölftafeln auch schon Sachen auf incerte Summen. Wolle man die *a. de pastu pecoris* [6]) wider die Wahrscheinlichkeit nicht dahin stellen, so ist zunächst die Klage aus einer *noxae cautio* nicht wol anders denn als *a. incerta* zu denken. Uebrigens regt diese *cautio de noxa* den Gedanken an, dass die Zwölftafeln auch wol schon eine *cautio damni infecti* gekannt, selbstverständlich verschieden von der *stipulatio praetoria*, durch welche sie später allmählich aus dem Gebrauch verdrängt worden zu sein scheint. Sollte freilich die Zwölftafel-Kaution *de damno infecto* mittels Präden zu bestellen gewesen sein, so wäre dasselbe auch für unsere *cautio de noxa* nicht undenkbar, und diese verlöre ihre Beweiskraft für die Ausdehnung des Sakraments- oder sonstigen Legisaktionsverfahrens.

Aehnliche Bedenken kommen aber bei denjenigen Sachen nicht zum Vorschein, wo der Anspruch auf Schadensersatz ohne Vermittelung einer Kaution unmittelbar durch Verletzung

---

Civ. Proc. N. 218, kann aber doch nicht verhehlen, dass mir allmählich manche Zweifel erwacht sind, die nur kein anderes greifbares Resultat ergeben wollen. Ist es wahrscheinlich, dass wenn das typische Formular der *legis actio* in den Parteisprüchen die Worte „*arbores succisae*" enthält, Kläger aber durchgängig dafür "*uites succisae*" sagte, ihm dennoch ein Judex gegeben wurde? Dann hätte die Fortbildung der Legisaktionsformulare im Belieben der Partêien und der Richter gelegen. Und wenn andererseits ein Judex und Judicium diesem Kläger auf diesen Vortrag verweigert wurde, die Sache also gar nicht bis zur Litiskontestation gedieh, wie verträgt sich damit "*responsum est, eum rem perdidisse*"? Was konnte ihn verhindern dieselbe Sache nochmals mit dem richtigen Spruche zu verfolgen? — Dass Gajus ohne viel Nachdenkens aus vager Tradition Vernommenes übermittelt, scheint gewis; aber was weiter? Sollte die Konsumption in alter Zeit vor dem Moment der Litiskontestation eingetreten sein? In welchem andern Augenblick? Oder wäre das Belieben von Magistrat und Pontifices massgebend gewesen?

[6]) Da anzunehmen dass irgend eine kurze Zwölftafelrestitution, wie Demelius Leg. q. ad ius ciuile sp. fragm., Bruns Fontes I. R. antiqui, Schoell L. XII tab. reliq., Jedem zur Hand ist, schien es überflüssig bei jeder Citation daraus die Belagstellen anzuführen.

bestimmt wird. Derartige Fälle sind relativ zahlreich, mit geringen Verschiedenheiten. Bald geht der Anspruch auf das Simplum, beispielsweise wegen kasueller (*casu id est neglegentia*) Brandstiftung, bald auf das Mehrfache (*duplum* beim Felddiebstal des Impubes, *f. nec manifestum*, *dedicatio in sacrum* der *r. litigiosa*; — *triplum* bei *f. oblatum* und *f. conceptum*), bald alternativ auf Schadenersatz oder *noxae datio* (Vergehungen der Sklaven, Pauperies).

Bei der Brandstiftung ist es vor der Untersuchung schwer vorherzusagen, ob dieselbe "*casu*" oder von einem "*sciens prudensque*" begangen, daher wol zu vermuten, dass dieselbe Prozessform bald zur Todesstrafe, bald zu der wieder durch ein Aestimationsverfahren festzustellenden Geldpön [7]) führen konnte. Sonst müsste man annehmen, dass in dem einen Verfahren der Nachweis der "*neglegentia*", im andern der der "*scientia*" zur Absolution habe führen müssen, wonach das "*bis de eadem re ne sit actio*" jeder Wiederaufnahme der Sache entgegengetreten wäre. Ebenso wird das Verfahren wider den unmündigen Felddieb ("*impuberem praetoris arbitratu uerberari noxiamque duplione decerni*") schwerlich in der Form mit reinen Geldsachen ganz übereingekommen sein. Wo aber ausschliesslich Geld in Frage stand, mag es uns wahrscheinlicher dünken, dass der Aktion das "*deberi*", nicht das "*factum esse*" zu Grunde gelegt worden ist; dafür spricht, ausser dem was die "*uites succisae*" [8]) ergeben, die Formel "*pro fure damnum decidere oportere*". — Den rein pekuniären Diebstalsklagen entsprechend sind vielleicht auch die Aktionen "*de tigno iuncto*", "*ex causa depositi*", "*aduersus tutorem in duplum*" gestaltet gewesen.

---

7) Der auffällige Schein eines solchen Verfahrens, das je nach seinem Ausgange so verschiedene Bedeutung bekommen könnte, verliert sich, wenn man dasselbe in zwei Hauptabschnitte zerlegt denkt: deren erster nichts festzustellen hätte als das "*an combusserit*", ob der Angeklagte überhaupt als Urheber des Brandes zu betrachten ist; der zweite, wie er deshalb zu behandeln sein werde, was wesentlich davon abhängt "*utrum sciens an casu id commiserit*".

8) Ausdrücklich aber verwahre ich mich, nicht blos der Bedenklichkeit dieses Arguments (oben N. 5) wegen, gegen die weitere Folgerung, dass mit der *l. a. sacramento* und den ihr zunächst verwandten Prozessformen stets *in ius*, nie *in factum* zu intendiren gewesen sei, nachdem schon der Spruch der älteren Manusinjektion *in factum* "*quod tu mihi damnatus es*" formulirt worden war.

Betreffs des

praestari quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset dupli poenam subiret

kann man sich wol denken, dass zuerst über das "*praestari oportere*" entschieden worden, und dann einem *arbitrium liti aestimandae* aufgegeben die Schätzung *in duplum* vorzunehmen. Dass hiebei *in ius* nicht *in factum* prozessirt zu werden pflegte, mag daraus eine Unterstützung entnehmen, dass, so viel wir wissen, die *a. empti* auch in späterer Zeit regelmässig *in ius* gefasst wurde.

Den bisher betrachteten Sachen nicht ganz gleichartig scheinen diejenigen, welche hervorgehn aus den Vorschriften:

ut glandem in alienum fundum procidentem liceat colligere.

ut quindecim pedibus altius rami arboris circumcidantur.

Denkbar freilich wäre auch hier ein Rechtsstreit über das *facere* (oder *pati*) *oportere;* aber nach der Behandlung derselben Fälle im späteren Recht ist doch kaum anzunehmen, dass etwas der Art je stattgefunden haben sollte. Wahrscheinlicher ist, entweder dass die Zwölftafeln dem Berechtigten wider den Ungehorsamen irgend welche nicht klassifizirbare Eigenmacht gestattet haben, vielleicht dem Falle ähnlich wo die Anlieger die Strassen nicht in Ordnung halten und die Reisenden fahren dürfen wo sie wollen ("*qua uolet iumenta agito*"); oder aber dass damals schon eine anfangs vielleicht an keine festen Formen gebundene Nachhülfe der Magistrate, aus der später die Interdikte und Aehnliches hervorgegangen, in Aussicht genommen worden.

Auch wegen der *aqua pluuia nocens* wird schwerlich je mit einer Prozesswette gestritten sein. Denn wenn auch nach Analogie des *riuus aquae ductus* erst ein Verfahren auf Bestellung einer Kaution und demnächst die Klage aus dieser möglich erscheinen könnte, so spricht doch der gänzliche Mangel an Spuren hievon in den Quellen entschieden dawider. Zugleich scheinen auch die Zeugnisse, welche vom *arbiter* bei derartigen Sachen reden, einige Berücksichtigung zu verdienen. — Zweifellos der Wettform widerstrebend sind endlich die Teilungsklagen.

Die Gesetze, die Aktionen erzeugten, pflegten auch deren

Form im Groben [9]) zu bestimmen, das *genus actionis*, und gaben bisweilen auch Anhalt für die spezielle Gestaltung. *manus iniectio* und *pignoris capio* mussten stets ausdrücklich im Gesetz [10]) verordnet werden, aber auch das "*damnas esto dare*" war schon eine solche ausdrückliche Verordnung. Aus Gajus IV, 24 [11]) können wir ersehen dass auch Andeutungen über die Unterart der *actio* im Gesetz nicht unerhört gewesen. Ebenso konnte die *iudicis postulatio* nur auf besondere gesetzliche Andeutung, die aber wiederum in verschiedenen Formen auftreten mochte, zur Anwendung kommen, da auch ihr gegenüber die Sakramentsform als *generalis actio* galt.

Die spezielle Ausbildung der Aktionen [12]) aber blieb den Rechtskundigen, anfangs also wol ausschliesslich den Pontifices, überlassen. Die Aktionen schlossen sich an die Worte der Gesetze, "*ipsarum legum uerbis accomodatae*"; aber bei ihrer Ausbildung trat nach und nach soviel Willkür mit ein, und auch am Unwesentlichen [13]) wurde mit so unnachgiebiger

---

9) Zum Folgenden vgl. Bruns, Symb. B.-H. obl. 51, wider Ihering, Geist II. 669 (1. Aufl.), II. 633 f. (2. Aufl.).

10) Gai. IV, 13 . . . *de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.*

11) "*nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae pro iudicato uerbum inseri, cum in ipsa lege non sit*". Das Gesetz hatte also in diesem Falle *m. i.* schlechthin verordnet, während die *uerba legis* in andern Fällen den Zusatz "*pro iudicato*" forderten.

12) Eben hierauf bezieht sich die schon oben (I. N. 1.) berürte Stelle von Pomponius (fr. 2 § 6 de O. I. 1, 2); "*ex his legibus actiones compositae sunt*". Die Zwölftafeln befehlen, sie geben Ansprüche unter bestimmter Voraussetzung, "*si membrum rupsit*" "*qui fruges excantassit*", "*alienam segetem pellexerit*", "*qui malum carmen incantassit*" u. s. w. u. s. w.; nach dem Ansehn des Gesetzes war es unzweifelhaft dass diese Ansprüche mit Aktion zu verfolgen waren, ja das Gesetz hatte auch über das *genus actionis* Andeutungen gegeben. Aber das ganze oft sehr künstliche Formular der einzelnen *species actionum* war in diesem Gesetz, und vermutlich auch in den meisten der auf die Zwölftafeln zunächst folgenden Einzelgesetze nicht mitenthalten, dies Formular, oder vielmehr diese Formulare, waren die ersten Produkte einer spezifisch juristischen Tätigkeit bei den Römern.

13) Als auf uns gekommene Beispiele hievon mögen ausser den schon genannten "*arbores-uites*" hier noch angezogen werden: der abwechselnde Gebrauch der Klauseln "*ex fide bona*", "*ut inter bonos bene agier*", "*quantum aequius melius*"; dass „*quandoque te in iure conspicio*" bei der *a. in auctorem praesentem* nicht fehlen, "*ope consilioque*" und "*captus fraudatusue*" durch ähnliche Ausdrücke nicht ersetzt werden durften, wie feststand dass "*qui qui-*

Strenge festgehalten, dass die Prozessparteien bald in die drückendste Abhängigkeit von den Rechtskundigen gerieten. Gehoben wird dieser Druck durch die seitens des Gnaeus Flavius geschehene Publikation der Aufzeichnungen von Appius Claudius; doch dürften Unterschiede auch vorher schon bestanden haben. Nach den jetzt gangbaren Annahmen, denen entgegenzutreten kein Grund ist, wäre die *l. a. sacramento*, wo es um *dare oportere* einer *certa pecunia* oder *certa res* sich handelte, verhältnismässig einfach gestaltet gewesen. Solche Prozesse müssen sehr häufig verhandelt sein, und in diesen einfachsten Formen konnte Jeder leicht Bescheid wissen der wie die Mehrzahl der Bürger viel auf dem Forum verkehrte. Aber es war dies auch nur eine Spezies des Sakramentsprozesses, und gerade diejenige, bei der schon frühzeitig die Pontifices aus verschiedenen Gründen geraten achten mochten, die Zügel nicht allzu straff anzuziehn. Mit der *l. a. per condictionem* wurden später auf demselben Gebiete noch grössere Erleichterungen gewährt. Die Mehrzahl der andern Sachen blieb dafür in desto knifflichere Formen eingezwängt wie Pomponius in der eben citirten Stelle und Gajus IV, 11 zur Genüge erweisen.

Mit jener ersten Publikation hat die Ausbildung des Legisaktionen nicht stillgestanden:

> *augescente ciuitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit, et librum populo dedit qui appellatur ius Aelianum.* (fr. 2 § 7 de O. I.)

Und so ging es dann weiter; Varro (de L. L. 6, 89) kennt Aktionen des Cosconius und vermutlich sassen noch zu Ciceros Zeit[14]) die Juristen über ähnlichen Arbeiten.

Die Römer selber haben das Bewusstsein ebenso der Wandelbarkeit wie der Mannigfaltigkeit ihres Rechts gehabt:

> *genera si uelim iuris institutorum morum consuetudinumque describere, non modo in tot gentibus uaria, sed in una urbe uel in hac ipsa millies mutata demonstrem.* (Cic. de re p. III, 17).

---

bus uerbis herctum cieri oporteat nesciat, idem herciscundae familiae causam agere non possit" (de orat. I. 237). Vgl. noch pro Murena 23 seq., wo viel Uebertreibung miteinläuft, aber sicher nichts was die Hörer zu hören nicht geneigt und gewöhnt gewesen wären.

[14]) Vgl. Bekker Zschr. f. R. G. V. 350.

Gerade bei dem Sakramentsprozesse aber und seinen nächsten Verwandten überwiegt die Bedeutung der bei allen durchgehenden Elemente unverkennbar. Und zwar ist es vornehmlich der Gedanke der Trennung der richterlichen Funktionen mit den aus ihm sich ergebenden Konsequenzen, der alle auf aktive Staatshülfe basirten Legisaktionen und Nichtlegisaktionen der älteren Zeit mit einem festen Bande umschliesst, und in evidenten Gegensatz bringt zu den aus der Selbsthülfe hervorgegangenen Prozessformen, andererseits aber auch das *lege agere* und das *per formulas litigare* dergestalt einander nähert, dass beide als ein einziges Gebilde auf verschiedenen Entwickelungsstufen erscheinen. Von dem Wesen der Manusinjektion und Pignoriskapion ist in die spätere Zeit nur wenig übergegangen, was von Ueberbleibseln sich erhält wird zu einer äussern Zutat des regelmässigen Verfahrens; dagegen schiesst im Formularprozess kaum ein lebenskräftiger Trieb hervor, dessen Keim nicht schon in der *l. a. sacramento*[15]), *per iudicis postulationem* u. s. w. gelegen hätte.

Dass verschiedene Personen in die Arbeit sich teilen sollten, das erforderte die Aufstellung fester Regeln für die zeitliche und örtliche Sonderung, desgleichen für die Unterscheidung der Arbeiten selber die an der einen und die an der andern Stelle vorzunehmen waren. Wollte man ferner nicht einen der beiden Hauptabschnitte bald ganz bedeutungslos werden lassen, so ward es unumgänglich beide in enge Beziehungen zu setzen, so dass je einer den andern zuverlässig bedingte und bestimmte.

---

[15]) Beiläufig dass die Aufhebung der Funktionentrennung erst in den *iudicia extraordinaria* später auch im gewöhnlichen Verfahren keinen annähernd ebenso grossen Umschwung bewirkt hat. Das spricht aber keineswegs gegen die Bedeutung des damit verlassenen Prinzips; im Gegenteil, da jenes Prinzip während der langen Blütezeit der Römischen Rechtsentwickelung in Kraft gestanden hatte, so war das ganze Recht in seinen verschiedensten Zweigen dergestalt von den Konsequenzen desselben durchsetzt, dass auch ein Aufgeben des ersten Ausgangspunkts, zumal dies in eine Zeit des Absterbens der schöpferischen Kräfte hineinfiel, zunächst überall nicht viel zu ändern vermochte, und auch dem Prozesse im Wesentlichen seinen alten Gang lassen musste. Die Wirkungen dieses Aufgebens konnten naturgemäss ihr eigenes volles Mass nicht eher erreichen, bis die Produktivität zurückerlangt war; und so mag es denn als Zeichen der wiederhergestellten Bildungskraft gelten, wenn uns verlangt aus dem Rechtsleben die Nachwirkungen eines Prinzips zu entfernen, das die Römer hatten fallen lassen, und das wir nicht wieder aufgerichtet haben.

Daher muste die *res qua de agitur* in dem ersten Verfahren so unverkennbar deutlich hingestellt werden, dass der Richter im zweiten niemals im Zweifel sein konnte, mit welcher *res* er sich zu befassen habe. Eben daher der Zwang gegen die Parteien, ihre Behauptungen direkt einander gegenüberzustellen, dabei gewisser und zugleich ständiger Formeln sich zu bedienen, die der traditionelle Gebrauch über alle Misdeutungen gestellt hatte; und die endliche feierliche Bestätigung und Bezeugung dieser Vorgänge gleichfalls. Nicht blos für den oder für die Richter selber, auch für die Parteien und ihre Beistände, desgleichen für den ganzen Umstand, der auf offenem Markt nie fehlte, waren damit die Grenzen handgreiflich bezeichnet, bis zu denen der Richter vorzugehen und die er nicht zu überschreiten hatte. Es fehlte also auch nicht an der nötigen Kontrolle, für immerhin mögliche beabsichtigte oder unbeabsichtigte Irrungen. — Nichts begreiflicher als dass diese *litis contestatio* frühzeitig grosses Gewicht bekam, dass jede Sache die bis zu ihr gediehen, aber auch nur diese als "*res acta*" bezeichnet wurde, und dass man eine der wichtigsten Wirkungen des Agirens, die Klagenkonsumption an eben diesen Zeitpunkt anknüpfte; woraus dann freilich viele Konsequenzen sich ergaben, die einem minder hart gewöhnten Geschlecht unerträglich werden mussten.

Von den einzelnen Scheidungsfragen hat am meisten Tragweite: welche Arbeiten fallen dem Magistrat, und welche den Richtern zu? Leider ist das für die Beantwortung zugängliche Material betreffs der Legisaktionen etwas spärlich bemessen; desto besser dass unser grösserer Reichtum betreffs des Formularprozesses manchen Rückschluss gestattet.

Die Tätigkeit des Magistats ist seit der Zwölftafelzeit niemals eine rein formale gewesen, dass er als Kampfrichter halbmüssig dabei gesessen und rein mechanisch zu beobachten gehabt hätte, ob die einzelnen Parteihandlungen nach dem Schema richtig vor sich gingen. Das ist für die *actio in rem* direkt bezeugt: der Magistrat hat nicht blos selber nach dem Formular mitzureden, und zwar nach Verschiedenheit der Fälle Verschiedenes, er muss auch denken und danach handeln, z. B. bei der Vindicienerteilung. Bei der *a. in personam* kann es nicht viel anders gewesen sein, zumal manche Prozessinstitute, wenn sie auch direkt nur für spätere Zeiten erweisbar sein sollten, allem Anschein nach nicht jünger sind.

Der Magistrat entscheidet über die Zulässigkeit einer *actio* überhaupt und im gegebenen Fall, im Ganzen und in den einzelnen Stücken. Wider den *confessus* z. B. lässt er keine *actio* zustande (d. h. bis zur Litiskontestation) kommen; später wenigstens auch da nicht, wo die Sache vor ihm auf Eid gestellt wird. Aber auch die zugelassene *actio* ist damit noch nicht für begründet erklärt, sie ist dies nur unter Voraussetzung dass die in Bezug genommenen Tatsachen den Behauptungen entsprechen werden; und wenn auch, wo das Gegenteil auf der Hand lag, sofortige Abweisung erfolgen mochte, so wird doch regelmässig die Prüfung der Wahrheit in das *iudicium* verwiesen.

Entsprechend haben die Richter allemal ihre Aufmerksamkeit auf diese Ergänzung der Aktionserteilung zu richten: sie fassen dieselben Punkte ins Auge auf die der Magistrat gesehn, aber während der Magistrat die rechtliche Bedeutung (Aktionszeugungskraft) derselben zu beurteilen hatte, soll der Richter sagen ob ihre Existenz in der Wirklichkeit ihm dargetan scheine oder nicht. Dies ist eine Tätigkeit wie wir sie bei modernen Geschworenen in Strafsachen kennen.

Die Tätigkeit der Richter war aber auch noch eine weitere; offenbar bei den verschiedenen Spezialgebilden in verschiedenem Umfange. Unter den Legisaktionen stehen zwei Extreme einander gegenüber. Die weiteste Befugnis hat der Richter bei den allgemein gefassten Behauptungen:

aio rem meam esse ex iure Quiritium.
aio Nm. Nm. XX mihi dare oportere.

Der Magistrat hat das "*meum esse*" und das "*mihi deberi*" als volle Gründe der betreffenden Aktionen anerkannt, aber nicht die Arten von Tatsachen aufzählen mögen, die allein das eine oder das andere zu begründen vermögend sind. Der Richter hat also erstlich zu überschlagen welche Ereignisse, überhaupt ein *dari oportere* oder ein *meum ex iure Quiritium* zu erzeugen vermögen, sodann ob irgend ein derartiges Ereignis im konkreten Falle als bewiesen gelten könne. Bei den *in factum* formulirten Behauptungen, und bei den genau spezialisirten *in ius*, wie

ob arbores succisas deberi
ob furtum factum damnum decidi oportere

ist der Raum auf dem er, neben der Beweisprüfung, noch sich zu bewegen hat desto beschränkter: was sind *arbores* im Sinn des Gesetzes? was heisst *succidere?* wann gilt (offenbar wird hier die Befugnis schon wieder ausgedehnter) ein *furtum* als vollbracht?

Dem Richter konnte aber noch eine dritte Art von Prüfungen zufallen, auch im Legisaktionsprozess, obschon gerade in dieser Richtung die Quellenlücken am merklichsten sind. Der Anschaulichkeit zuliebe beginnen wir mit einem Beispiel. Die *a. fiduciae* wird aus dem Legisaktionsprozesse nicht hinauszuverweisen sein. Zu geben ist diese *actio* auf Grund einer *fiducia contracta;* die Prüfung des Richters richtet sich demnach zuerst auf die zwei Fragen:

1) wie weit sind die tatsächlichen schon *in iure* aufgestellten Behauptungen des Klägers wahr?
2) machen die hiernach erwiesenen Tatsachen den Bestand eines Fiduciakontraktes aus?

Wird zwei bejaht, so ist damit über die Erteilung der Aktion definitiv erkannt, es steht fest dass sie dem Rechte gemäss gegeben ist. Die Aufgabe des Richters aber ist mit dieser Entscheidung keineswegs erfüllt, im Gegenteil sie betritt erst hiernach das ihr eigentümlich zugehörige Feld. Jetzt tauchen die Fragen auf, was nach dem für die Aktionserteilung allein erheblichen Kontraktsabschluss geschehen; ob das Verhalten der Parteien gewesen "*ut inter bonos bene agier solet*", oder ob geklagt werden kann "*uti ne propter te fidemue tuam captus fraudatusue siem*"? Erst hieraus ergibt sich, ob und was Kläger auf der Grundlage dieses Fiduciakontraktes und mit dieser *actio* von dem Beklagten zu fordern hat. Offenbar scheidet sich auch hier wieder die richterliche Untersuchung:

3) wie weit sind die in Beziehung auf diese dem Kontraktsabschluss gefolgten Vorgänge vom Kläger aufgestellten Behauptungen wahr?
4) machen die hiernach erwiesenen Tatsachen den Bestand einer *captio* und *fraudatio*, aus, wie sie dem "*inter bonos bene agier*" zuwiderläuft?

Zusammengefasst bewegt sich 1 und 2 um das

an sit actio?

3 und 4 dagegen um

quid ueniat in actionem?

Bei jenem kommt dem Richter eine an die bedingte Vorentscheidung des Magistrats anlehnende Nachprüfung zu; bei diesem hat er durchaus selbständig zu prüfen und zu entscheiden.

Der Gegensatz dieser beiden Hauptfragen "*an sit actio*" und "*quid ueniat in actionem*" kehrt bei vielen andern Legisaktionssachen wieder: *ex sponsu*, *ex stipulatu*, *ex testamento*, *familiae erciscundae*, *communi diuidundo* u. s. w. Eine feste Abgrenzung gestatten unsere Quellen nicht, weil sie Zweifel lassen einmal, ob gewisse später klagbare Sachen auch schon im Legisaktionenprozess zu verfolgen gewesen; sodann wie weit bei den klagbaren das *arbitrium iudicis*, die Befugnis verschiedene Punkte in die Berücksichtigung zu ziehn, in so frühe Zeit sich erstreckte, und wie diese Befugnis zerlegt und verteilt wurde in denjenigen Fällen, wo der prinzipalen Legisaktion ein *arbitrium liti aestimandae* folgte.

So viele Nebel aber noch über den Einzelheiten liegen, so wenig wird die Erkenntnis der Hauptsache dadurch gestört. Der reine Legisaktionsprozess (ich nenne so denjenigen in welchem kein störendes Ueberwiegen der Selbsthülfe mehr stattfindet) hat die Fragen "*an sit actio*" und "*quid ueniat in actionem*" deutlich und handgreiflich auseinandergelegt; er hat die Römer gewöhnt jede von beiden selbständig für sich zu erörtern, "*an sit actio*" vor dem Magistrat ohne Vorausbedenken was der Richter als hinein gehörig erfinden möge, "*quid ueniat in actionem*" vor dem Richter sobald feststand, was oft genug unbestritten gewesen sein mag, dass die *actio* selber zurecht erteilt worden. Dieser Prozess hat also den Dualismus von *actio* und Anspruch erfunden und die Römer gezwungen in denselben sich hineinzudenken und hineinzuleben. Er hat aber auch das Gesetz der Zusammengehörigkeit von Aktionen und Ansprüchen bereits entwickelt, dass keine Aktion beliebige Ansprüche in sich aufzunehmen geeignet, und kein Anspruch mit beliebiger Aktion durchzuführen ist, vielmehr jede Aktion ihr zugehörige Ansprüche hat, ausser welchen sie keine anderen verfolgen kann, und dass jeder Anspruch nur mit denjenigen Aktionen zu verfolgen ist, zu denen er im Zugehörigkeitsverhältnisse steht.

IV. KAPITEL.

LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM — CONDEMNATIO — LITIS AESTIMATIO — LEX AEBUTIA.

Von dem alten Legisaktionsverfahren zu dem Formularprozess der klassischen Periode kann der Uebergang kein plötzlicher gewesen sein. Es widerspräche dies der Entwickelung des Römischen Rechts auf allen andern Punkten, keine alte Quelle ist dafür anzuführen, und wenngleich auch die allmähliche Umgestaltung, die wir annehmen, in ihrer Totalität nirgends bezeugt wird, so ergibt sich die Bestätigung aus vielen Spezialnotizen.

Ein Glied der Brücke, die von dem älteren zu dem neueren Prozess herüberleitete, muss die *l. a. per condictionem* gewesen sein, deren Bedeutung für diesen Zusammenhang von uns aber kaum näher zu ermitteln sein wird, nachdem ihre Kenntnis wie es scheint den Römern zu Gajus Zeit schon zum besseren Teil verloren gegangen war. Charakteristisch war diesem Verfahren die einleitende *denuntiatio*, die gegenüber der unter Umständen sogleich in *manus iniectio* umschlagenden *in ius uocatio* einem vorgeschritteneren Stadium der Civilisirung zu entsprechen scheint. Ihre Verwandtschaft mit der *operis noui nuntiatio* ist wol keine blos äusserliche, auf der Namensähnlichkeit beruhende. Hier wie dort wird mit feierlicher Rede ein Bann gesprochen, trifft er eine Sache so soll diese bleiben einstweilen wie sie ist, die betroffene Person aber soll handeln, am gesetzten Tage vor Gericht erscheinen. Möglich dass der Bannbruch, ursprünglich wenigstens, bei dem einen wie bei dem andern Verfahren zum körperlichen Zugreifen berechtigte, dies Zugreifen aber blieb doch vorläufig

hinausgeschoben und soll eintreten nur in einem Falle den man einstweilen noch zu vermeiden hofft; wogegen allemal die Absicht vorhanden sein musste, den zu Grunde liegenden Anspruch nach gesprochenem Banne auf dem geregelten Rechtswege zum Austrag zu bringen. — Auch die *sponsio* und *restipulatio tertiae partis*, die nach aller Wahrscheinlichkeit schon durch die *l. Silia* eingeführt worden ist, mochte den Parteien, die sie mit der Sakramentswette verglichen, in der doppelten Beziehung als Fortschritt erscheinen, dass sie mit der Höhe des Streitobjekts in stetigem Verhältnis blieb, und dass sie dem Sieger selber zufiel[1]).

Zwischen dem regelmässigen Legisaktionsverfahren und dem ordinären Formularprozesse bestehen neben vielen kleineren drei Hauptunterschiede: der Formularprozess entbehrt die steifformalen Reden und Akte von Parteien und Magistrat *in iure;* sein Verfahren *in iure* läuft hinaus auf Erteilung einer Formel; sein Verfahren *in iudicio* auf eine Geldkondemnation. Aeussere Gründe empfehlen den letzten Punkt zuerst ins Auge zu fassen.

Iudex ipsam rem condemnat eum cum quo actum est. Schon die Form dieses *litem dare* oder *l. addicere*, dem das *l. auferre* von der einen und *l. amittere* von der andern Seite entspricht, erregt Zweifel. War der Richter überhaupt mit seinem Ausspruch, der im Sakramentsverfahren dem Sinne nach doch nur auf Ja oder Nein fallen konnte, überall an feste Formeln gebunden? Und wenn dies, hatte sein Ausspruch nur auf das Sakrament (*s. iustum — iniustum esse*) oder vielmehr auf die Sache selbst (*rem Ai. esse — non esse; Nm. Ao. rem debere — non debere*) Bezug zu nehmen? — Nach den Quellen dürfte wenigstens so viel fesstehen, dass das Erkenntnis auch in der Form "*sacramentum iustum — iniustum esse*"[2]) ergehen konnte.

---

[1]) Absichtlich übergehe ich hier die Frage nach der Stellung des Sponsionsprozesses über dingliche Rechtssachen in der Rechtsgeschichte, die in den Kapiteln XI und XIV in ihrem Zusammenhange behandelt ist.

[2]) Stintzing L. a. sacr. 31 f., der nach Dernburg Kr. Zschr. I 462 f. den Streit wider Keller aufgenommen hatte, scheint selber Kr. Zschr. III 346 das Richtige längst erkannt zu haben:

Es mag füglich nicht weiter bestritten werden, dass im Sakraments-

Wichtiger wäre es zu erfahren wie die Folgen dieses "*ipsam rem condemnare*" sich zu gestalten pflegten. Man wird hiebei von der, nach dem vorhandenen Quellenmaterial, zwar schwerlich stringent zu erweisenden aber doch überaus wahrscheinlichen Annahme ausgehen müssen, dass mit der Manusinjektion nur Gelderkenntnisse zu exequiren gewesen. War also die *res* selber keine Geldsache, so musste entweder ein anderes Exekutionsmittel zur Anwendung gebracht oder das Erkenntnis nachträglich zum Gelderkenntnis umgestaltet werden. Als anderes Exekutionsmittel ist anzuführen zunächst die Verfolgung der Prozessbürgen, namentlich der Präden; zu fragen sodann, ob auch die Möglichkeit einer tätlichen Ver-

---

prozess ein Ausspruch über das *sacramentum* erfolgte, sofern nur die *condemnatio in rem ipsam* als das eigentliche Urteil anerkannt wird. Welche Form dasselbe hatte, vermögen wir nicht festzustellen.

Hiernach hat die Frage, was der Ausdruck "*sacramentum iustum*" bezeichne, nur noch sprachliches Interesse. Da ihm dieses aber in ausreichendem Masse zukommt, und die Sache noch keineswegs ausgetragen ist, darüber folgendes. Fünf Stellen sind bis jetzt als Material für die Entscheidung aufgeführt, vier aus Cicero, namentlich pro Caecina 37, de domo 78, de oratore I 42, pro Milone 74, sodann Arnobius adu. gentes 4. Die Caecinastelle ist wol die zweifelhafteste, wird aber mit Dernburg (a. a. O.) und Stintzing doch kaum dahin zu verstehen sein, dass das "*iustum*" nur von der formalen Berechtigung zur Sakramentsstellung zu verstehen wäre. "*decemuiri sacramentum nostrum iustum iudicauerunt*" heisst nicht blos soviel "sie haben unser Sakrament zugelassen", sondern "sie haben für uns entschieden" (vgl. das Voraufgehende soweit es in den Zusammenhnng gehört, namentlich "*ego hanc . . causam . . . probaui*"). Deutlicher aber widerstrebt de domo 78 der Dernburg-Stintzingschen Auffassung, und die Bezugnahme auf Wolf, der die Rede für unächt erklärt hatte, gerät mit der neueren Philologie, die der Aechtheit keinen Zweifel hat (vgl. Teuffel Gesch. d. Röm. Lit. 263) in Konflikt. Ebenso muss de orat. I 42: "*quibuscum tibi iusto sacramento contendere non liceret*", dahin verstanden werden "du würdest unterliegen"; und derselbe Sinn scheint für pro Milone 74 massgebend, während Arnobius indifferent ist. Im ganzen wird es also wol bei der Kellerschen Auslegung bleiben, höchstens könnte zugegeben werden, dass der Ausdruck vielleicht nicht immer im technisch beschränkten Sinne gebraucht worden sei; "*sacr. iustum — iniustum*" hiess allgemein das mit Recht oder wider Recht gesetzte Sakrament, "*sacr. iniustum*" insonderheit das was überall nicht gesetzt werden durfte, vornehmlich aber dasjenige, welches mit formalem Rechte für eine widerrechtliche Behauptung eingesetzt war. Beiläufig noch dass "*iusta querella contendere*" (c. 13 de inoff. t. 3, 28 — Gord.) gleichfalls auf die materiell begründete Querel zu beziehn ist.

folgung wider den verurteilten *reus*[3]) selbst bestanden. Die Umgestaltung aber dürfte der Litisaestimation anheimgefallen sein, aus der die späteren *condemnationes pecuniariae* hervorgegangen zu sein scheinen.

Wir sind unvermögend diesen Entwickelungsprozess in seinen Details mit Sicherheit festzustellen. Plautus[4]) gibt über Form und Inhalt der Kondemnationen die er kannte wenig Aufschluss.

Aber selbst für die Zeit Ciceros wird aus den Quellen kaum zu entscheiden sein, ob alle Kondemnationen aus Civilsachen auf Geld gehen mussten. Auf Gajus (IV, 48) darf dabei natürlich nicht gesehn werden, denn gerade wie weit das dort erwähnte "*olim*" reicht, steht in Frage; und da weder

3) Unsere Quellen sind hierüber sehr wenig ergiebig, so wenig dass bei den Klagen *in personam* selbst zu Hypothesen der Anhalt zu fehlen scheint, die bei den Klagen *in rem* immerhin möglich sind — vgl. Bekker Proc. Cons. 322 und vornehmlich Stintzing Kr. Zschr. III 349 f. Die von ihm konstruirte Selbsthülfe hat mich stets sehr angesprochen, nur möchte ich ihr ein kleines weniges von rechtlicher Anerkennung und Regelung zusetzen, so dass man dem Dinge den Namen "*uindicatio*" geben und darin eine Erinnerung an die uralte einst in die *l. a. s. in rem* aufgegangene *uindicatio* (oben S. 58, 59) sehen könnte. Für die Zulässigkeit einer auf die Sache selbst gerichteten Exekution, bei der dahingestellt bleiben mag ob sie von dem Sieger allein oder unter statlicher Beihülfe durchzuführen gewesen, noch folgendes Argument. Bei dem *tignum iunctum* gestattet bekanntlich die lex XII tab. nicht das "*soluere*" und nicht das "*uindicare*" aus nationalökonomischen Gründen; als Entschädigung *a. in duplum* (fr. 1 de tigno 47, 3. Ulp. u. a. O.). Das Solutionsverbot trifft selbstverständlich nur den Eigentümer (Kläger), nicht den Besitzer (Beklagten) der das *tignum* aus *aedificium* und aus *uinea* herausnehmen darf sobald es ihm beliebt. Zum Ausschluss der Vindikation aber und Ersetzung derselben durch Klage aufs *duplum* fehlte jeder rationelle Grund, wenn man nicht annehmen will, der Kläger habe die Vindikation auch wider den Willen des Besitzers bis zur Naturalrestitution des Tignums durchführen können; fürchtete man dass Angst vor den anderen Folgen der *in r. a.* den Beklagten selber zum Abbruch treiben werde, so durfte man auch die *in duplum* drohende Entschädigungsklage nicht in Aussicht stellen.

4) Am lehrreichsten noch ist

> Rud. V. 1, 1: *Quis mest mortalis miserior qui uiuat alter hodie,*
> *quem ad recuperatores modo damnauit Plesidippus?*
> *abiudicata a me modost Palaestra.*

An eine Möglichkeit die "*abiudicata*" trotz dem Spruch zu behalten, denkt der Leno nicht. Das "*damnauit*", "*abiudicata est*" erinnert an Paulus Diaconus ex F. u. addicere: "*addicere damnare est*". Auch Geldkondemnationen kommen bei Plautus vor. Vgl. Beilage A.

Gellius noch Gajus die Geldkondemnationen mit der *l. Aebutia* in Verbindung bringen, so wäre es wohl denkbar dass, dieselben erst durch die ll. Juliae zur allgemeinen Regel erhoben wären.

Eine entfernte Andeutung liegt in

acad. prior. II 146 . . . *maiorum diligentia*, *qui uoluerunt quaeque iurati iudices cognouissent*, *ea non ut esse facta*, *sed ut uideri pronuntiarentur.*

Aber an welche "*iudices*" ist hiebei gedacht? und bis wann blieb jene "*maiorum diligentia*" massgebend? Bestimmter redet

de offic. III 66: *Calpurnius arbitrum illum adegit "quidquid sibi dare facere oporteret". M. Cato sententiam dixit*, *huius nostri Catonis pater . . . . is igitur iudex pronuntiauit:*

cum in uendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, *emptori damnum praestari oportere.*

Referirt hier Cicero nicht ungenau, so kann Cato nicht "*certam pecuniam*" kondemnirt haben (Gai. IV 52), sondern es muss die Abschätzung, falls die Parteien sich nicht selber ausglichen, einem späteren Aestimationsverfahren vorbehalten gewesen sein.

Leider schneidet die in Verr. II 2, 31 erbrachte Formel vor der Kondemnationsklausel ab, und gibt damit vielen Zweifeln [5]) Raum. Noch kann verglichen werden

---

5) *Si in ea uerba praetor iudicium det*, *ut uel L. Octauius Balbus iudex*, *homo et iuris et officii peritissimus*, *non possit aliter iudicare*; *si iudicium sit huiusmodi:*

L. Octauius I. E.

S. P. fundum Capenatem Q. D. A. ex I. Q. P. Seruilii esse,

neque is fundus Q. Catulo restituetur;

non necesse erit L. Octauio iudici cogere P. Seruilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum quem non oporteat?

Die Formel müsste hiernach ungerecht aber nicht unmöglich, für einen Richter nicht unverbindlich gewesen sein. Wie lautete die hiezu gehörige Kondemnationsklausel?

quanti ea res erit, *tantam pecuniam P. Sm. Q. Co. C. S. N. P. A.* —?

Aber warum citirt Cicero denn nicht lieber gleich so:

S. P. fundum P. Seruilii esse

P. Seruilium Q. Catulo pecuniam condemna —?

Das wäre doch noch schlagender und ein würdiges Gegenstück zu

in Verr. II 3, 51: *quaererent*, *ecquo modo petitorem ipsum Apronio condemnare possent.*

ad Attic. IV 15, 7: *tribunicii candidati iurarunt se arbitrio Catonis petituros. apud eum HS quingena deposuerunt, ut qui a Catone damnatus esset id perderet, et competitoribus tribueretur.*

ad Quintum fr. II 14, 4: Dieselbe Erzählung "*ut qui contra fecisset ab eo condemnaretur*".

Das "*damnare*" kann hier nicht wohl in anderem als dem Ausspruch bestanden haben „*Nm. contra Catonis arbitrium petiuisse*". Minder deutlich ist de inuent. II 58, 59.

Bei der Dürftigkeit des für diese Zeiten überhaupt zu benutzenden Materials muss auch das auf den Provinzialprozess[6]) bezügliche in Betracht genommen werden. Interessant erscheint vor andern der Fall des Nympho Centuripinus.

in Verr. II 3, 53: . . . *ut decumanus* [*Apronius*] *Nymphonem negaret ex edicto illo praeclaro . . . . . numerum iugerum professum esse.* — §. 54. *Nympho cum se aequo uellet iudicio defendere, iste uiros optimos recuperatores dat . . . .; Nympho ante quam plane constitit condemnatur. quanti, fortasse quaeritis. nulla erat edicti poena certa*[7]). *frumenti eius omnis quod in areis esset.* —

---

ibid. II 2, 31: *si petit, ducas. C. Fuficium duci iussit petitorem, L. Suetium, L. Racilium.*

in L. Pis. 86: *creditorem debitoribus suis addixisti.*

Offenbar wird das Bedenken nicht gehoben, wenn man der Geldkondemnation eine sachliche substituirt, und wieder erscheint ein über Wiederholung der Intention hinausgreifender Richterspruch nach dem ganzen Zusammenhang völlig unentbehrlich, dem *si paret* muss irgend ein Kondemnationsbefehl gefolgt sein. Auffällig ist auch, dass die Intention verbindlich auf das Recht des besitzenden Teils gestellt werden konnte. Dass das "*cogere*" nicht von direktem Zwange zu verstehen ist, dürfte, wenn nicht schon aus anderem, aus in Verr. II 3, 25 und 34 zu folgern sein.

[6]) Schon Rudorff Zschr. f. R. G. III 20, 21 hat bemerkt, wie bereits zu Zeiten der Republik das städtische und die provinziellen Edikte zumeist übereinstimmten; ausser den von ihm angeführten Stellen ad fam. III 8 und ad Attic. VI 1, 15, noch in Verr. II 1, 110, 112, II 3, 152. Doch ist die Möglichkeit lokaler Eigentümlichkeiten so wenig zu übersehen, wie die grössere Wandelbarkeit des Provinzialedikts, da der freien Bewegung des subjektiven Ermessens beim Ediziren hier wenigere und machtlosere Momente entgegenwirkten als in Rom. Eben dadurch aber konnte es leicht dazu kommen, dass ein Provinzialedikt gleichsam als Versuchsstation benutzt, und das bewährt erfundene von dort in die Römische Rechtspflege übernommen wurde.

[7]) Beispiele von *poena certa* in Verr. II 3, 34, 70 (*in quadruplum*), ibid. 26, 30 (*in octuplum*).

sic Apronius . . . . tritici septem milia medimnum ex Nymphonis arationibus edicti poena non redemptionis aliquo iure tollit.

Also ein Verfahren mit Rekuperatoren wo der beklagte Sikuler einem Römischen Bürger auf Getraide kondemnirt wird. Und bei Cicero keine Andeutung, dass den Hörern[8]) dies unerhört scheinen könnte; der Nachdruck fällt viel mehr auf die Menge des dem Apronius zugesprochenen Getraides, als darauf dass die Kondemnation eben auf Getraide ergangen.

Dem verwandt ist folgendes. Die Agyrinenser wollen an Decimen nicht zahlen was Apronius fordert, und schicken darum Gesandte nach Syrakus;

II. 3, 68: *praesto est Apronius. ait eos ipsos qui uenissent contra edictum praetoris fecisse. quaerebant quid? respondebat, se ad recuperatores esse dicturum.*

Es kommt zur Einleitung dieses Prozesses:

69: *quaerebant, quae in uerba recuperatores daret. respondebat:*

si paret aduersum edictum fecisse.

Sie lassen es darauf ankommen. Timarchides wird entsandt sie zu einem Vergleich zu bereden;

pernegabant. quid ergo? in singulos HS. quingenis milibus damnari mauultis? malle dicebant. tum iste dare omnibus audientibus: qui damnatus erit, inquit, uirgis ad necem caeditur.[9])

---

[8]) Freilich aber ist, wie schon Degenkolb l. Hieronica S. 70 bemerkt hat, das Verfahren eine Art Zwitter von Civil- und Kriminalprozess, und zweifelhaft bleibt wem die Kondemnation zu sprechen obgelegen, dem Prätor oder den Rekuperatoren. Im engen Anschluss an die Worte Ciceros wird letzteres zu vermuten sein: "*antequam plane constitit condemnatur*", das "*condemnari*" muss von Rekuperatoren geschehn sein; unmittelbar folgt "*quanti*", ungezwungen kann dies nur von dem Betrage der Rekuperatorenkondemnation verstanden werden, es auf den dieser Rekuperatorenkondemnation folgenden Spruch des Prätors zu deuten, ist künstlich, aber vielleicht richtig. — Uebrigens ist der Gebrauch der Genetive "*quanti*" "*frumenti*" hier nicht auffälliger als z. B. im fr. 55 de re iud. 42, 1 (Ulp.), bei Gellius (XX 1, 38) "*pecuniae dampnabat*" oder bei Plautus (Most. V 1, 50) "*argenti condemnabo*".

[9]) Ganz ähnlich in Verr. II. 3, 55. Die Klage wird zunächst, wie es scheint nach dem Edikt auf das Vierfache gegeben; wenn Beklagter damit zufrieden *tum iste magna uoce Ueneriis imperat ut Xeno audiret: dum res iudi-*

Noch willkürlicher wird ein anderer Fall behandelt, wo nicht Verres selber den Prozess leitet:

diuin. 56: [*Caecilius quaestor*] *uocari ad se Agonidem iubet. iudicium dat statim:*

si paret eam se et sua Ueneris esse dixisse.

iudicant recuperatores id quod necesse erat; neque enim erat cuiquam dubium, quin illa dixisset. iste in possessionem bonorum mulieris intrat, ipsam Ueneri in seruitutem adiudicat, deinde bona uendit, pecuniam redigit.

Das war denn aber doch auch für Verres zu toll, der nachträglich selbst kognoszirt und seinen Quästor die Beute herauszugeben zwingt, von der ihm dabei ein guter Teil zufliesst.

Es ist weder leicht noch erquicklich aus diesem Wust von Gewaltsamkeiten die Grundzüge der Rechtspflege herauszulesen; und daneben will erwogen sein, dass auch Ciceros Berichte keinen unbedingten Glauben verdienen. Dennoch wird an dem überwiegend präjudiziellen Charakter der eigentlichen Richtersprüche in diesen Sachen, und dem direkten Einfluss der Magistrate auf die schliesslichen Kondemnationen[10]) kein Zweifel bleiben.

So wenig wie der Zeitpunkt der allgemeinen Einführung der Geldkondemnationen, ist deren Vorgeschichte sicher zu ermitteln; vermutlich liegt dieselbe in der Entwickelung der Litisaestimationen. Diese treten in verschiedenen Gestalten auf. Nach Zwölftafelrecht gibt nachträglich der prozessleitende Magistrat drei Arbitri, anscheinend andere Personen als die welche die Eigentumsfrage zu entscheiden gehabt, zur Abschätzung von Stlis und Vindicien; also ein von dem Hauptprozess völlig gesondertes Verfahren. Dann kommt es vor, dass die Litisaestimation denselben Personen[11]) übertragen wird, welche über die Hauptsache zu sprechen haben, auch wol dass gleich bei der ersten Bestellung zum Spruch in die Anweisung der Richter die eventuell nachfolgende Abschätzungsverpflichtung mithineingezogen wird.

---

cetur hominem adseruent; cum iudicata sit ad se ut adducant. et illud simul ait, se non putare illum, si propter diuitias poenam damnationis contemneret, etiam uirgas contempturum.

[10]) Vgl. hiezu noch Beilage B.

[11]) Vgl. u. a. Cicero pro Cluentio 116.

Beide Aufträge denselben Personen zu geben musste sich da besonders empfehlen, wo das Aestimationsverfahren zu solcher Bedeutung erwuchs, dass das Gewicht der voraufgehenden Entscheidung gänzlich in Frage gestellt werden konnte. Hiernach aber war es dann kaum mehr als eine äusserliche Aenderung, wenn die Anweisung, wie z. B. bei dem Verfahren auf das Ciceros *oratio pro Tullio* sich bezieht, die Tat- und die Schätzungsfrage in einen Satz zusammenzog:

> pro Tullio 7: *iudicium uestrum est recuperatores: quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabii ui hominibus armatis coactisue damnum datum esse M. Tullio.*
> *eius rei taxationem nos fecimus, aestimatio uestra est. iudicium datum est in quadruplum.*

Denn augenscheinlich handelt es sich hier nicht gleich um das Wieviel, sondern wesentlich darum Ob[12]) Fabius überhaupt den Tullius beschädigt hat und zu entschädigen gehalten ist.

Seitdem solche Formeln in Gebrauch gekommen waren, bestand eine äussere formale Schwierigkeit nicht mehr, alle Sachen auf Geldkondemnation hinauszuführen; innere Momente waren für die weitere[13]) Entwickelung die bestimmenden. Von den Prinzipien der Geldwirtschaft aus kam man zu der Konsequenz, jeden rechtlich verfolgbaren Anspruch für zu Gelde schätzbar zu erachten; demnächst überzeugte man sich von den praktischen[14]) namentlich in Beziehung auf die Exekution hervortretenden Vorzügen der Geldkondemnationen; war man soweit gediehen, so konnte der weitere Schritt, die Geldkondemnationen zur allgemeinen Regel zu erheben, als in der Luft liegend betrachtet werden, der geringste Anstoss musste ihn bewirken.

---

12) Der Streit dreht sich vornehmlich um das "*dolo malo*" der Formel.

13) Beiläufig dass die von Mayer, Ad Caji IV. 48, auf eine Veränderung dieser Stelle gebaute Vermutung, dass auch im alten Römischen Prozess die Geldkondemnationen Regel gewesen, durch die Kollation von Studemund hoffentlich definitiv beseitigt sein wird.

14) Dem gegenüber mag hier gleich bemerkt werden, wie auch die Wiederaufhebung dieser allgemeinen Regel im späteren Römischen Recht, nicht etwa aus einem Bewusstsein der Unzulässigkeit oder auch nur Unbilligkeit der Geldkondemnationen, sondern einfach wieder aus praktischen Erwägungen hervorgegangen ist, dass dem Gläubiger oft daran liegen könne, andere Schuldobjekte in eigener Gestalt, nicht in ihrem Geldaequivalent zu erhalten.

Für die Wahrscheinlichkeit dieser Hypothese sind besonders zwei Punkte von Belang: es handelt sich einmal um das Anwendungsgebiet, sodann um die Wirksamkeit der Litisaestimationen im älteren Recht. Je weiter jenes und je kräftiger diese sich erweisen, desto günstiger für die Vermutung.

Bezeugt ist die Anwendbarkeit der *litis aestimatio* zunächst für die zwölftafelmässige Vindikation von Mobilien und Immobilien. Es wird wenig Kühnheit dazu gehören, dieselbe hiernach bei allen [15]) Fällen der *l. a. s. in rem* anzunehmen. Bezeugt ist sie ferner für die Repetundensachen, sowol der älteren Zeit, in dem nach *l. Calpurnia* und nach *l. Iunia* zulässigen Sakramentsverfahren, als in dem neueren eigentümlichen Repetundenprozess (*"iudicium quasi publicum"* [16])). Desgleichen bei einem anderen Zwitterverfahren:

> *si reus qui depecisci noluerat iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae dampnabat.* — Gell. XX, 1, 38; cf. 14—18, 32, 34, 37.

Desgleichen endlich auch bei Kontraktschulden, die nicht von Haus aus auf Geld gingen

> *si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat; iudices cognoscebant. iudex quam ob rem data acceptaue non esset uxor quaerebat. si nihil iustae causae uidebatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem*

---

[15]) Stintzing (Kr. Zschr. III. 358) will unter dem *"qui uindicias falsas tulit"* nicht jeden unterliegenden Besitzer, sondern nur den dolosen verstehn. In sovielen Punkten ich übrigens mit ihm auf diesem Felde zusammentreffe, auch betreffs der *"praedes litis et uindiciarum"* stehen wir nahe zusammen, diese Einschränkung ist ms. Es. schon den Worten der Textesüberlieferung gegenüber kaum zulässig, und führt zu einem sachlich bedenklichen Resultat: wer sollte denn nach Zwölftafelrecht als doloser Vindicienerwerber anzusehn? und wie dieser Dolus festzustellen gewesen sein? — Ganz im Gegenteil erscheint mir dies *arbitrium l. aest.* als überaus zweckmässige Ergänzung des Verfahrens bei jeder materiell ungerechten Vindicienerteilung. Die Sache selbst, aber eben nur diese, ist durch rechtliche Selbsthülfe (oben §. 3) wiederzuerlangen; das Arbitrium betrifft die Früchte, auch Beschädigungen der Sache, nnd tritt eventuell als Ersatzmittel im Falle der völligen Restitutionsunmöglichkeit ein. Nur einen Punkt möchte ich als zweifelhaft zugeben: ob anfänglich durch das *arb. l. aest.* die Höhe nur der wider die Präden zu verfolgenden, oder auch die eines direkt wider den Reus durchführbaren Anspruchs zu bemessen gewesen.

[16]) Cf. Mommsen Corp. Inscr. Lat. I. ad leg. rep. LVII.

accipi aut dari eum qui spoponderat ei qui stipulatus erat condempnabat [17]).

Hiernach wird man als wahrscheinlich annehmen können, dass wo im regelmässigen Verfahren "*iudex ipsam rem condemnabat*", alle Sachen, die nicht schon selber auf Geld gingen, in ein dem Erkenntnis folgendes Aestimationsverfahren übergeleitet werden konnten. Ob dies schon zur Zwölftafelzeit ebenso gewesen, dürfte bei der Beschränktheit des Quellenmaterials schwer zu entscheiden sein. Ueberhaupt ist wol nicht zu glauben, dass die verschiedenen Litisaestimationsfälle ihren Entwickelungsgang in geschlossener Reihe durchgemacht hätten: sämmtlich zuerst abgesondertes Verfahren gehabt hätten, vor besonderen Schiedsmännern, je dreien; dann alle zugleich an das Hauptverfahren mehr und mehr herangezogen, und endlich ebenso alle zugleich durch die Geldkondemnationsklauseln vollständig mit jenem verwoben worden wären. Dies kann der Entwickelungsgang im Ganzen und Grossen gewesen sein, wobei aber die mannigfaltigsten Spezialabweichungen[18]) nicht ausbleiben mochten.

Was aber die Wirksamkeit der Litisaestimation anlangt, so fragt sich ob der darin ergehende Ausspruch als Judikat galt, m. a. W. ob auf Grund desselben Manusinjektion erfolgte. Die Sache ist durchaus nicht unbedenklich, direkte Beweisstellen fehlen, und wider die Manusinjektion könnten Gajus[19]) (IV. 89)

---

[17]) So der von Gellius (IV 4 §. 2) referirte Bericht des Servius Sulpicius über älteres Latinisches Recht; aber da die Sponsalien früher auch zu Rom klagbar gewesen (Varro de L. L. VI. 71), so wird die Analogie auch für die Römischen Verhältnisse beachtenswert scheinen.

[18]) Beispielsweise auf der einen Seite die "*arbitri tres stlitis et uindiciarum*", auf der andern Seite der "*iudex talionem imperans*", der dann wie wir nach Gellius annehmen müssen selber "*aestimata lite hominem pecuniae dampnabat*".

[19]) "*Igitur si uerbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes. aequum enim uisum est te . . . . cum satisdatione cauere, ut si uictus sis nec* (α) *rem ipsam restituas, nec* (β) *litis aestimationem sufferas, sit* (γ) *mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis*".
Anscheinend also das "*sufferre l. a.*" wie das "*restituere rem*" nur freiwillig, unerzwingbar, und um irgend ein Zwangsmittel, sei es wider den Besitzer oder Dritte, zu haben die Kaution und Satisdation — dass aber die Litisaestimation im Lauf der Zeiten ihre eigene Ergänzbarkeit verloren haben sollte, ist wol das mindest wahrscheinliche. Fraglicher ob Gajus Darstellung als völlig akkurat anzunehmen ist.

und Cicero[20]), pro Cluent. 116, angeführt werden. Andererseits ist zu bemerken, dass wenn auch bei der *s. a. in rem* eine entweder ganz unexequirbare oder doch nur wider die Präden wirksame Litisaestimation nicht undenkbar sein mag, ein solches Institut bei allen Strafsachen sinnlos erscheinen musste. Namentlich die citirte Gelliusstelle schmeckt keineswegs danach, als ob der Reus dem "*pactio grauis et acerba talio uisa fuerat*", nun nach Belieben auch die Leistung der Litisaestimation hätte weigern können; "*seueritas legis ad pecuniae multam redibat*", ob aus den Worten "*pec. multam*" etwas über die Art der Eintreibung herauszulesen ist mag dahingestellt bleiben. Daneben wird die *l. Rubria*[21]) beachtet werden müssen, die ein "*duci iubere*" bei allen beliebigen Sachen *in personam* und auch *in rem* kennt. Das "*duci iubere*" ist Ersatz für die alte *manus iniectio*, vermutlich muss also auch diese schon bei denselben Sachen zur Anwendung gekommen sein, was denn wiederum eine ebenso allgemeine wie

---

[20]) "*Itaque et maiestatis absoluti sunt permulti, quibus damnatis de pecuniis repetundis lites maiestatis essent aestimatae, et hoc cotidie fieri uidemus, ut reo damnato de pecuniis repetundis ad quos peruenisse pecunias in litibus aestimandis statutum sit, eosdem iudices absoluant; quod cum fit non iudicia rescinduntur, sed hoc statuitur:*

aestimationem litium non esse iudicium".

Diese Stelle will im Zusammenhange mit dem Voraufgehenden und Folgenden betrachtet werden. Offenbar spricht Cicero ganz als Parteianwalt, und der Beweis seines Satzes fällt ihm nicht leicht, es handelt sich nicht um allbekanntes, aber der Satz selber "*aestimationem litium non esse iudicium*" scheint doch richtig, soweit wenigstens, dass Unterschiede zwischen dem Einen und dem Andern existiren; dass die Unterschiede in der Unerzwingbarkeit der *lit. aest.* bestanden, sagt C. selber nicht.

[21]) "*A quo quid praeter pecuniam certam creditam signatam forma p. p. R. . . . . petetur, quodue cum eo agetur . . . si is eam rem, quae ita ab eo peterur deue ea re cum eo agetur, ei quei eam rem petet deue ea re aget . . . . iniure apud eum quei ibei i. d. p. dare facere praestare restituere oportere aut se debere, eiusue eam rem esse aut se eam habere, eamue rem de qua arguetur se fecisse obligatumue se eius rei noxsiaeue esse confessus erit deixseritue . . . . aut si sponsionem non faciet . . . . aut non restituet neque se iudicio utei oportebit defendet; aut sei d. e. r. iniure nihil responderit . . . . tum de eo a quo res ita petetur quomue eo d. e. r. ita agetur . . . . praetorque . . . . ineum et inheredem eius d. e. r. omnibus ita ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri proscreibeiue ueneireque iubeto ac si . . . .*"

Dass die Folgen der *confessio* und der Prozessflüchtigkeit ebenso wider den *iudicatus* eintreten, bedarf keines Beweises.

wirkungsreiche Vermittelung der Litisaestimation vorauszusetzen scheint.

Schliesslich mag noch hervorgehoben werden dass die Litisaestimation nicht blos Vorläufer der Geldkondemnationen gewesen, sondern auch nach der allgemeinen Reception jener nicht ganz aus dem Gebrauch kommt. Bei allen *arbitrariae actiones* erhält sie sich ohne irgend welche erhebliche Veränderung: die *pronuntiatio* entspricht der alten *condemnatio in ipsam rem*, und das weitere Verfahren bis zur *condemnatio pecuniaria* ist von den früheren Litisaestimationen durch nichts wesentliches unterschieden.

Diese Zeichnung steht in bester Harmonie mit dem Bilde, das wir überhaupt von dem Entwickelungsgange des Römischen Privatrechts und Privatprozesses uns zu machen haben: durchweg allmähliches Vorschreiten mit möglichster Vermeidung der Sprünge, nichts Grösseres das unvorbereitet in die Welt käme, oder nach seinem eigenen Abtreten aus dieser nicht noch längere Zeit in Folgeerscheinungen merkbar bliebe. Auch die historische Entwickelung der Prozessformeln kann nicht anders vor sich gegangen sein.

Von dem Prozessinstitut, das technisch Formel zu heissen neuerdings (seit Entdeckung des Gajus) wir uns gewöhnt haben, liegt mehr als der Keim in den Legisaktionen:

aio te certum mihi dare oportere.
aio rem meam esse e. i. Q.

Der Richter bekommt zu sprechen was ihm scheint (*si paret*), ob diese Behauptungen richtig oder nicht. Man könnte sagen, dass das materielle Wesen der späteren Formeln schon im Legisaktionsprozess, namentlich im Sakramentsverfahren enthalten gewesen, nur die Gestaltung die Formulirung eben geändert worden sei. Gewesen ist früher schon der Zwang dass Behauptung und Gegenbehauptung von Kläger und Beklagtem sich strikt decken, und beide stets dieselben[22]), von

---

[22]) Was das zu bedeuten hat, begreift am besten wer eben schlechte moderne Prozessschriften studirt, in denen Aufstellung und Erwiderung passt auf einander wie die Faust auf das Auge, so dass Richter die meiste Zeit verbraucht zum Auseinanderlesen, wo wirklicher Widerspruch vorhanden, und wo die beiden Anwälte aneinander vorübergeschossen.

dem einen mit Ja von dem andern mit Nein beantworteten, Fragen betreffen mussten; gewesen ist ferner die Beschränkung der zulässigen Behauptungen und Gegenbehauptungen auf relativ enges Gebiet, ja es ist anzunehmen, dass dies vor der Formeleinführung noch enger eingegrenzt gewesen als nachher. Abgesehn also von der Heranziehung und Verschmelzung der Aestimationsfrage mit der Hauptsache, hat der Richter zu sprechen im Legisaktionsprozess über ganz dasselbe wie im Formularprozess, und in beiden Verfahren wird ihm das zu entscheidende Thema in *uerba concepta* gekleidet vorgestellt. Wobei nur der Unterschied zu beachten, dass früher diese "*uerba concepta*" von den Parteien gesprochen[23]), später von dem Prätor aufgeschrieben wurden.

Bedeutungslos freilich wird man diese Verschiedenheit nicht achten wollen. Die Bedeutung liegt einmal darin, dass durch die Einführung der Schriftformel die formulirten Parteireden entbehrlich aber keineswegs unmöglich wurden. Denn denkbar ist die Verbindung beider sehr wohl, die prätorische Formel könnte anfänglich nichts anderes gewesen sein, als eine bleibende Aufzeichnung der vorangegangenen Spruchformeln, zum Gebrauch des Richters. Was allein mit der Schriftformel sich nicht zum besten vertragen möchte, war die Herstellung einer Spruchformel von bleibender Natur gleichfalls zur richterlichen Benutzung, der Litiskontestation ältester Art mit wirklichem Zeugenaufruf über das *in iure* Verhandelte. Es ist daher ebenso wahrscheinlich, dass die Schriftformeln, nachdem dieselben einmal als essentielles Moment im Römischen Prozesse Aufnahme gefunden, hingewirkt haben die alte Litiskontestation zu verdrängen, wie andererseits das längere Nebeneinanderbestehn der Schriftformeln und der Spruchformeln für glaubhaft zu achten ist.

Zweitens bekam der Prätor durch die Schriftformeln grösseren Einfluss auf die Prozessführung; aber nicht etwa

---

[23]) Möglichem Misverständnis vorzubeugen bemerke ich ausdrücklich, dass was von mir Zschr. f. R. G. V 343—4 ausgeführt ist, ich weder vergessen habe noch zurückzunehmen gewillt bin. "*lege agere*" heisst nicht "mit Spruch" sondern "nach dem Gesetz verfahren"; das Verfahren nach dem Gesetz aber, das den technischen Namen "*legis actiones*" erhalten, war tatsächlich ein Verfahren mit Spruchformeln, und wird auch weiter demgemäss genannt werden.

auf Kosten der Parteien [24]). Den Parteien war die Gestaltung und Formulirung ihrer Aktionen freigegeben früher sowenig wie später; wenn später das prätorische Edikt die Normen herstellte, so hatten dieselben früher in den Geheimnissen der Pontifices und eines sehr langsam sich bildenden und erweiternden Kreises anderer Rechtskundiger gelegen. Die Formeln waren im alten Recht steifer und unzugänglicher, die Parteien darum in der Betätigung ihres eigenen Willens beschränkter. Der Einfluss der Pontifices geht auf die Prätoren über, die mit den nichtgeistlichen Rechtskundigen in ein gewisses Gleichgewichtsverhältnis treten. Ob übrigens bei diesem Entwickelungsgange die Einführung der Formeln mehr als Ursache oder mehr als Wirkung des wachsenden prätorischen Einflusses anzusehn ist, wird von unserm Standpunkt aus schwer zu entscheiden sein. Die Schriftformeln kamen den Ansprüchen einer neueren Zeit entgegen: ihre grössere Biegsamkeit und Ausbildungsfähigkeit entsprach den mit der Zunahme von Wohlhabenheit und der Ausdehnung von Verkehr und Handel immer bunter sich gestaltenden Rechtsverhältnissen; die naheliegende Aufnahme in das prätorische Edikt gab ein praktisches Gegenmittel wider die schädlichen Folgen der alten Geheimniskrämerei; und die Beseitigung des altmodigen Schnörkelwesens, an dem schon vielfach Anstoss genommen worden, war wenigstens angebahnt.

Wie die Schriftformeln in Gebrauch gekommen, wissen wir nicht; vielleicht so allmählich, dass eben deshalb niemand aufzeichnungswertes darüber bekannt war. Die alten Litiskontestationszeugen pflegten sich Notate zu machen, oder zu grösserer Sicherheit solche von den prozessleitenden Personen zu erbitten. Vielleicht hat auch der Provinzial- und der Peregrinenprozess auf das Verfahren unter Römischen Bürgern zurückgewirkt.

Anspielungen auf den Legisaktionsprozess kommen bei

---

[24]) Wie sich der Einfluss der Parteien und des Prätors auf Konstruktion einer Formel im konkreten Falle zu einander verhalten, ist im Allgemeinen bekannt, doch dürften darüber auch noch Detailuntersuchungen anzustellen sein. Ein anschauliches Bild gibt

fr. 22 §. 3 de nox. act. 9, 4 (Paul.): *si negauit dominus . . . . permittit praetor actori arbitrium, utrum . . . . an iudicium dictare sine noxae deditione uelit.*

Plautus sehr viele[25]) vor, auf den Formularprozess keine sichtlichen. Das Wort "*formula*" wird einmal[26]) "*uerba concepta*" zweimal[27]) gebraucht, beides nicht im technisch prozessualischen Sinne. Interessanter ist das "*dicam scribere*"[28]) als Parteitätigkeit, dem sich Quinctilians (I. O. VI 3, 83) "*formulam scribam*" anschliesst. Schwanke Grundlagen offenbar, die den darauf zu bauenden Hypothesen wenig Halt zu geben vermögen.

Bei Cicero dagegen sehn wir die schriftlichen Prozessformeln in allseitigem Gebrauch, ohne dass jedoch die Spruchformeln bereits verschwunden wären[29]). Es bestätigt dies die obige Annahme, dass die formulirten Parteireden und die prätorischen Schriftformeln sich gegenseitig nicht ausgeschlossen vielmehr zum besten mit einander vertragen haben. In den blühenden Legisaktionsprozess sind diese Schriftformeln hineingetragen worden, sie haben in ihm mehr und mehr sich entwickelt, und als sie soweit fertig und vollendet waren, dass man einsah mit ihnen auch allein auskommen zu können, da sind die wegen ihrer Schwerfälligkeit längst diskreditirten Spruchformeln durch Gesetz abgestossen worden.

> *per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legisactiones, effectumque est ut per concepta uerba, id est per formulas litigemus* (Gai. IV. 30).

Aufgehoben sind die Legisaktionen mit ihren Feierlichkeiten durch diese Gesetze, und davon ist Folge gewesen dass die "*uerba concepta*" = "*formulae*" das eigentliche Prozessmedium

---

25) *Lege agere:* Aulul. III. 3, 8 s. — Most. V. 1, 71 s. — Miles II. 5, 43 s. — Capt. III. 1, 32 s. — Merc. V. 4, 55 s. — Poen. V. 4, 72 s. — Rudens III. 4, 13 s.; IV. 3, 85 s. — Ter. Phorm. V. 8, 90 s.

Manus iniectio, addictio: Truc. IV. 2, 45 s. — Persa I. 2, 16 s. — Curculio V. 3, 8 s. — Miles II. 5, 34 s. — Bacch. V. 2, 47 s. — Rudens III. 6, 50 s. — Menaechmi I. 1, 29 s. — Poen. I. 57; III. 1, 60; V. 6, 3, 24 s. — IV. 1, 8 s. — Ter. Phorm. II. 2, 19 s. — IV. 4, 14.

Pignoris capio: Amph. prol. 64 s. — Poen. V. 5, 1 s. cf. 6, 22.

26) Persa II. 2, 47.

27) Mercator IV. 4, 50. — Truc. IV. 2, 54.

28) Aulul. IV. 10, 29 s. — Poenul. V. 6, 5.
Ter. Phorm. I. 2, 75 s. — II. 3, 91 s. — IV. 3, 65.

29) Vgl. Zschr. f. R. G. V. 341 f.: Der Legisaktionenprozess mit Formeln zur Zeit Ciceros; ich glaube dort das Quellenmaterial ziemlich vollständig zusammengestellt zu haben.

geworden sind. Dass diese (schriftlichen, im Gegensatz der mündlichen) "*uerba concepta*" durch jene Leges erst zur Einführung gelangt seien, davon sagt Gajus nichts; er handelt nur von der Bedeutung die sie erlangt haben nachdem dasjenige Prozessstück, das bisher als das für den Charakter des Prozesses massgebende zu gelten pflegte, in Wegfall gekommen war. Früher wurde nicht "*per formulas*" schlechthin litigirt, obgleich diese "*formulae*" auch im früheren Prozesse schon zum Zweck der Reproduktion der voraufgehenden entscheidenden Prozesshandlungen vorkamen. Ja wenn die *formulae* auch gegen Ende der voraufgehenden Entwickelungsperiode schon in der Tat das eigentlich herrschende Element gewesen sein sollten, so waren sie dies damals, ähnlich manchen andern Instituten des Römischen Rechts, eben nur tatsächlich, die volle rechtliche Anerkennung gaben ihnen erst die genannten *leges*. Noch deutlicher spricht Gellius (XVI 10, 8) nur von der destruktiven Kraft der l. Aebutia, kein Wort davon dass sie mit der Einführung der Schriftformeln irgend zusammengehangen hätte.

Diese Annahmen gewinnen noch an Wahrscheinlichkeit wenn man sich erinnert, dass auch im ältesten Verfahren freie Parteiausführungen *in iure* nie ganz ausgeschlossen gewesen sein[30]) können. Diese freien Vorträge müssen allmählich immer mehr Boden gewonnen haben, und trugen dann nebst der Schriftformel dazu bei, die formulirten Parteireden als unnütz, und endlich als blos noch unbequem erscheinen zu lassen.

Betreffs der ll. Juliae bleibt Zweifel, ob die erste eine l. Caesaris oder eine l. Augusti gewesen; über das Alter der l. Aebutia tappen wir völlig im Dunkeln. Die Meinungen die sie vor die Publikation der *tripertita* verlegen, verdienen keine Beachtung. Aber das Aktionenwerk des Aelius war bekanntlich das zweite, nicht das letzte der Art, ihm sind manche ähnliche gefolgt. Cicero erwähnt der l. Aebutia nirgends, obschon die Versuchung dazu, wenn sie wirklich ein grossartig reformatorisches Gesetz gewesen wäre, auch in den

---

30) Meine Proc. Cons. S. 36; desgl. Witte Interd. uti poss. — Danach etwas ausführlicher Ihering Geist III. 87, dem auch Demelius (Kr. Vschr. X. 3) zustimmt.

uns erhaltenen Schriften, vielfach sehr nahe gelegen hätte. Ebenso sind die bezeugten Erfolge derselben Lex, vornehmlich eine durchgreifende Beschränkung der Parteispruchtätigkeit, aus Cicero und den gleichaltrigen Autoren unnachweisbar. Es scheint hiernach nur die Wahl zu bleiben, entweder die l. Aebutia in die Zeit zwischen *ius Aelianum* und dem Beginn von Ciceros Wirksamkeit zu setzen, und derselben eine beschränkte Bedeutung beizulegen, die erst durch die Tradition gewachsen wäre; oder aber sie mit den ll. Juliae in nächste Verbindung zu bringen. Für dies letzte könnte noch sprechen, dass gerade für diese Zeit unsere Quellen besonders lückenhaft sind.

V. KAPITEL.

DIE ENTWICKELUNG DER KONDIKTIONEN.

Die Ausarbeitung der (Legis- und Nichtlegis-)Aktionen erfüllt die Zeit von den Zwölftafeln bis zu Julians Ediktsredaktion; Zweck und Art der Arbeit, und die Stände der Arbeiter haben dem Wechsel unterlegen, aber ein Stillstand ist niemals eingetreten. Für die Perioden bis auf Appius Claudius, und von diesem bis auf Aelius Paetus Catus gibt Pomponius ein unzweifelhaftes, durch manche adminikulirende Momente unterstütztes Zeugnis; von Aelius bis zu seiner eigenen Lebenszeit ist Cicero der ausgiebigste Gewährsmann. Unter den Aktionenarbeitern tritt nun die Bedeutung nicht mehr blos durch Quantität des Wissens ausgezeichneter Rechtskundiger bestimmter hervor, und unter diesen ersten Theoretikern scheinen M. Manilius und Q. Mucius Scaevola (Konsul 659) die Zeitgenossen weit überragt zu haben, nächst ihnen etwa C. Aquilius und Servius Sulpicius. Später, insbesondere nachdem die Verleihung des *ius respondendi* eingeführt ist, wird der Einfluss derjenigen Jurekonsulten die dies Recht besitzen immer mächtiger.

Die Aktionenarbeit bestand zunächst in der Herstellung der zur Prozessführurg erforderlichen Formeln; anfänglich nur Spruchformeln, für diejenigen Sachen welche nach Gesetz oder Gewohnheit als klagbar anzusehen waren. "*per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus*"; gestattete nur die Pignoriskapion, deren Legisaktionscharakter ja überhaupt streitig war, diesen Anschluss an *mores?* das ist möglich aber nicht bewiesen. Dagegen scheint eine andere

Unterscheidung unabweisbar zu sein. Speziell formulirte Legisaktionen die ausschliesslich auf Gewohnheit, nicht auf *lex* oder einem Surrogat davon oder auf Edikt beruhten, die waren möglich nur in der auf die Zwölftafeln unmittelbar folgenden Zeit[1]), und unter Bezugnahme auf schon vor dem Zwölftafelrecht entwickelte Sitten und Gebräuche; sie wurden später unmöglich. Die Klagbarkeit des *aes militare*, *a. equestre*, *a. hordearium* widerstreitet dem in keiner Weise; diese Sachen waren höchst wahrscheinlich klagbar gewesen schon vor der Zwölftafelgesetzgebung, andererseits gestattete gerade die Pignoriskapion als nicht eigentliche[2]) Legisaktion auch später noch die Bildung neuer Gewohnheiten. Sehr wohl lässt sich damit auch die Notiz vereinigen:

> de off. III. 65: *a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quidquid enim esset in praedio uitii id, statuerunt, si uenditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere;*

denn es handelt sich hier nicht etwa um Einführung einer neuen Aktion, sondern nur um die Beziehung einer alten auf die erwähnten Fälle. Nicht viel anders:

> ad Herenn. II. 19: *consuetudine ius est id quod sine lege, aeque ac si legitimum sit, usitatum est. quod genus: id quod argentario tuleris expensum ab socio eius recte repetere possis.*

Hier muss die Formel so beschaffen gewesen sein, dass sie den einen Socius wie den andern traf, was vermutlich schon durch das einfache "*si paret dare oportere*" zu erreichen gewesen.

An die Herstellung der einzelnen Legisaktionsformeln

---

[1]) Gleich nach dem Erlass der Zwölftafeln konnte der Kläger noch sagen: alte Sitte gewährleistet die Klagbarkeit meines Anspruchs, die Zwölftafeln anerkennen sie nicht ausdrücklich, aber sie haben auch nicht sie aufgehoben, mithin besteht sie noch fort, und ich muss sie geltend machen können entweder in denselben Formen wie früher oder in andern.

Später aber fehlt für die Entstehung rein konsuetudinärer Legisaktionen der erste Anknüpfungspunkt, man müsste denn annehmen dass die Pontifices schon, wie später der Prätor, neue Aktionen hätten geradezu erfinden können.

[2]) Eine nicht "eigentliche" Legisaktion ist die Pignoriskapion hier darum genannt, weil sie die Parteien nicht regelmässig vor den Magistrat führt. Hier war also, wenn nur der Gepfändete sich das gefallen lassen mochte, ein neuer erster Fall möglich, während bei allen andern Legisaktionen der prozessleitende Magistrat denselben unmöglich zu machen gehabt hätte.

schloss sich eine langsame Fortbildung derselben an. Gajus Aeusserung "*immutabiles perinde atque leges obseruabantur*" (IV. 11 cf. 30) ist übertrieben, anscheinend aus dem Hinblick auf die Sache mit den *uites* erwachsen. Wir wissen dass die Sakramente in späterer Zeit nicht deponirt, die Förmlichkeiten der Vindikation vereinfacht wurden, der Zeugenaufruf bei der Litiskontestation fortfiel[3]). Ferner ist nicht anzunehmen dass Aelius Paetus den Flavius zum grössten Teile wortgetreu abgeschrieben, und weiter alle späteren Aktionenschreiber in der Hauptsache nichts anderes geliefert hätten als blosse Kopien der Werke ihrer Vorgänger. Sehr Vieles mag lange Zeit unverändert durchgegangen, und manche Aenderung sehr minutiös gewesen sein, aber gerade der Spott den Cicero (namentlich pro Murena 25—29) hierüber ausgiesst bezeugt, wie vieles die Juristen neu geschaffen haben und spricht entscheidend gegen die völlige Stabilität der Legisaktionsformeln, die auch der allmählichen Fortbildung der Geschäftsformeln gegenüber eigentümliche Misverhältnisse hätte erzeugen müssen.

Der Schwerpunkt der Entwickelung aber lag so wenig in der Erweiterung der äussern Grenzlinien des Rechtsgebiets, wie in der Umgestaltung von Formalien; wichtiger als beides sind die inneren Aenderungen. Auch von diesen sind zwei[4]) Arten zu unterscheiden:

1) die Grenzregulirung der einzelnen Formelfelder innerhalb des bereits anerkanuten Rechtsgebiets;

2) die Normirung der Kapazität der erteilten Formeln.

Offenbar besteht zwischen beiden ein Zusammenhang, doch wird es der Klarheit der Darstellung förderlich sein, wenn zunächst die erste Frage für sich allein in Betracht kommt.

---

3) Rudorff (R. G. I. § 44) führt eine Reihe ähnlicher Fortbildungen mit den Worten ein, "zu den überlebten Instituten des Prozesses scheinen schon damals gerechnet zu sein" u. s. w., und ist, wenn ich ihn nicht misverstehe, der Ansicht, dass dieselben sämmtlich durch die *l. Aebutia* bewirkt worden seien; wozu die Quellen keinen Anlass geben. Die Praxis hatte die wichtigsten Aenderungen bereits vollzogen, die *l. Aebutia* sollte nur die unnütz gewordenen Ueberbleibsel abtun.

4) Entsprechend der in der Einleitung und Ende des III. Kapitels gegebenen Ausführungen dürfen wir dieselben Fragen auch also formuliren:

1) welches sind die Voraussetzungen der einzelnen Aktionen;

2) welche Ansprüche können mit den einzelnen Aktionen verfolgt werden.

Die Uebersicht der uns bekannten zur Zwölftafelzeit im ordinären Prozesse durchzuführenden Aktionen *in personam* lässt einen Unterschied deutlich hervortreten. Eine *actio*, sehen wir, hat ein wenn nicht allgemeines doch sehr weit ausgedehntes Anwendungsgebiet oder Formelfeld, alle andern relativ eng umschränkte. "*aio te mihi dare oportere*", damit konnten die verschiedensten Sachen eingeklagt werden; neben diesem Spruch steht eine Reihe von Spezialformeln, die fast alle an Delikte oder deliktartige Vorgänge anknüpfen. Fragt man nach den einzelnen Sachen, die mit dem "*aio dari oportere*" zu verfolgen gewesen, so wird die Antwort, ganz ähnlich wie bei der entsprechenden *a. in rem*, dem "*aio rem meam esse ex iure Quiritium*" lauten müssen: zur erschöpfenden und zugleich zuverlässigen Aufzählung sind wir nicht im Stande, und vermutlich sind auch die Römer zu einer solchen für die Zeiten der Zwölftafeln und für die nächstfolgenden Jahrhunderte nie im Stande gewesen. Man wusste dass es ein *meum* dass es ein *dari oportere* gebe, man kannte manche einzelne Gründe des einen wie des andern, aber man wusste selber noch nicht wie mangelhaft diese Kenntnis war. Man vermochte weder die einzelnen Gründe zu präzisiren, noch alle abschliessend, geschweige denn systematisch aufzuzählen. So wusste man sicher frühzeitig dass die *occupatio* Eigentum gebe, aber man wusste in tausend Fällen nicht was zur Vollendung der *occupatio* gehöre, z. B. bei der Jagd wilder Bestien oder beim Finden des Schatzes auf fremdem Boden; mancheiner war Eigentümer durch Spezifikationshandlungen geworden, bevor man im Stande war Rechenschaft zu geben wieviel hier zur Vollendung des Eigentumserwerbs gehöre, ja bevor man überhaupt nur auf den Gedanken gekommen war, dass dies als ein besonderer Eigentumserwerbsgrund zu betrachten sei; mit den Accessionen wird es nicht anders gegangen sein. Die selbstzufriedene Ignoranz wird erst durch Streitfälle aus ihrer Gemütlichkeit aufgestört. Der Eine sagt "mein ist es", der Andere "*immo meum*". Jeder führt ähnliche Fälle für sich an, von denen doch keiner ganz zutrifft; die Sache liegt offenbar auf einer Grenzscheide. Erst jetzt empfindet man das Bedürfnis sich um die Grenzlinien der einzelnen Erwerbsarten zu kümmern. Nun erwachen die Zweifel, ob dies ob jenes überhaupt Erwerbsgrund, und wenn Ja, unter welchen spezielleren Voraussetzungen. Jeder Zweifel

führt in natürlichem Verlaufe endlich zu einer Gewisheit, gewöhnlich aber bevor diese erreicht ist zur Erwerbung vieler andern neuen Zweifel. Die späteren Römer haben viel mehr Zweifel als die älteren, zugleich aber auch viel mehr Gewisheiten. Diese aber nur für den Bestand ihres eigenen neueren Rechts, in das ältere Recht lassen sich dieselben rückwärts nicht mehr hinein importiren.

Mit dem "*dari oportere*" muss es ganz ebenso gegangen sein. Niemand kann abschliessend sagen was zur Zwölftafelzeit solch "*dari oportere*" begründete, und was nicht. Die Einzigen, die vielleicht in der Lage gewesen wären dies zu ermitteln, die Römer eben jener Zeit, denen fehlte äusserlich die Veranlassung, innerlich Trieb und Geschick danach zu forschen[5]). Was sie wussten schien für ihr Bedürfnis und für ihr Verlangen gerade genug. Die Trichotomie des *adnumerare stipulari expensum ferre* war Allen geläufig, das reichte aus für die Masse der kommenden Fälle, und ohne äussere praktische Veranlassung fühlte man sich nicht gedrängt zu der Prüfung, mit welchen speziellen Voraussetzungen die obligirenden Wirkungen von Adnumeration Stipulation Expensilation abschneiden würden, und ob ausser jenen dreien noch andere durchschlagende Gründe des *dari oportere* anzunehmen seien.

Von solchen Rechtszuständen nachträglich ein klares Bild sich zu machen ist geradezu unmöglich. Es können die ärgsten Anomalien miteingelaufen und Fälle als klagbar behandelt sein, die weit ausserhalb der später festgestellten Grenzen lagen; andererseits ist es auch möglich, dass die grössere Einfachheit der Verhältnisse und Bescheidenheit der Ansprüche fast nur solche Sachen auf das Forum gebracht hätten, die

---

5) Ein schönes Paradigma daran das Wesen altrömischer Begriffe zu studiren, ist die *locatio conductio* (vgl. Degenkolb Platzr. u. Miete 130 f., auch 128—9). Bei einer Menge von Erscheinungen glaubt man Aehnlichkeit mit einander wahrzunehmen, und gibt darum allen denselben Namen, weit entfernt angeben zu können worauf die Aehnlichkeit beruhe oder wo sie aufhöre. So besteht der Name zunächst für einen Begriff ohne Anfang und Ende, d. h. für einen Nichtbegriff, eine Ahnung die erst durch die Namengebung selber die zum Begriffskeim nötige Konsistenz erhält. Denn mochte zur Entwickelung der theoretischen Prinzipfrage einstweilen noch wenig Neigung in der Zeit liegen, die Grenzfragen konnten, nach einmal eingebürgertem Namen, doch nicht mehr vermieden werden: "ist dies *locatio*?" "und dies auch?" "ist dieser *locator*?" "oder jener vielmehr, und *conductor* dieser?"

auch nach der späteren Betrachtungsweise zweifellos klagbar gewesen wären. An die seltenen Versuche zum Extravagiren hätte sich dann sofort die *fori disputatio* mit ihren der Rechtsbildung förderlichen Folgen angeschlossen. Einige Züge des Bildes werden noch aus Ciceros Rede pro Q. Roscio herauszulesen sein.

Aus ihr ergibt sich erstlich unbestreitbar, dass Ansprüche aus Adnumeration aus Stipulation aus Expensilation mit einer und derselben *actio* zu verfolgen gewesen sind, bei welcher auch die Verhandlungen *in iure* nichts enthielten, was den Kläger irgend wie hätte verhindern können *in iudicio* von den drei Fundamenten das ihm bequemste zu benutzen. Das ist der Berechtigung des Klägers bei der *a. in rem*, ohne *causa expressa*, in Beziehung auf die Anführung des Eigentumserwerbsgrundes völlig analog.

Ferner dass Kläger auf jene drei Fundamente auch keineswegs beschränkt war. Freilich scheint Cicero etwas Derartiges zu behaupten[6], offenbar aber nur zur schöneren Koloratur seines Vortrags, ohne Mut seine Verteidigung wirklich hierauf zu stützen[7], und im Widerspruch[8] zu andern eigenen

[6] Vgl. pro Q. Roscio 13: . . . *adnumerare sese negat, expensum tulisse non dicit . . . reliquum est ut stipulatum se esse dicat.*

§ 14: . . . *haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit.*

[7] Denn der Schwerpunkt der Verteidigung liegt in den dem § 15 folgenden Ausführungen, und die Phrase: "*illa pro reo haec pro Roscio, illa uictoriae haec bonae existimationis causa comparata*", ist eben nichts als Phrase.

[8] § 16: "*. . . utrum quae tibi ex societate debeatur, an quae ex liberalitate huius promissa sit et ostentata?*" was danach beides sorgfältigst erörtert und nach Kräften unwahrscheinlich gemacht wird. Dies wäre die miserabelste, Richter und Beirat zum Nachteil des Verteidigten irreleitende Verteidigung, wenn es nicht in der Tat zulässig gewesen wäre, sowol einen Anspruch *ex societate* wie eine Forderung aus Vergleich (§ 26, 38) in diesem Judicium geltend zu machen. Entsprechend müssen die §§ 11—13 dahin verstanden werden, dass die Möglichkeit existirte, dieselben Sachen entweder im Judicium mit "*formula certa*" und "*legitimae partis sponsio*" oder im prätorischen Arbitrium zu verfolgen.

Die Sicherheit dieses Resultats wird auch dadurch nicht erschüttert, dass die Rede übrigens viele Zweifel lässt. Und zwar beruhen diese keineswegs blos auf der Verstümmelung. Es scheint dass Cicero Grund hatte die wahrhafte Klarlegung des ganzen Sachverhalts selber zu vermeiden, sei es dass sein Klient sich wenigstens dem Flavius gegenüber denn doch nicht so ganz untadelhaft benommen hatte, oder dass zu hoffen gestanden in der Unklarheit

Anführungen. Wahrscheinlich waren jene drei als die regelmässigen Entstehungsgründe des D. O. in aller Welt Munde, während man auch früher schon sie nicht als die einzigen behandelt hatte, und zu Ciceros Zeit sehr bestimmt von manchen andern daneben wusste.

Diese Resultate sind um so wichtiger, als sie nicht auf die Zeit, in der die Rede gehalten ist, beschränkt werden dürfen, sondern in der Hauptsache ebenso für die folgende klassische Periode wie für die Vorzeit bis zu den Zwölftafeln hinauf gelten müssen.

Auch nachher, so lange wie überhaupt der Formularprozess in Uebung blieb, war das regelmässige Verfolgungsmittel der Ansprüche *ex mutuo* und *ex certa stipulatione* ein und dasselbe[9]), die *certi condictio*, die ebenso auch als bleibende Klage aus dem Literalkontrakt angenommen werden muss. Fehlt es nun auch an direkten Belägen dafür, dass Kläger *in iure* das Fundament seines Anspruchs anzugeben nicht verpflichtet gewesen, sondern bis in das Judicium die Wahlfreiheit behalten, so berechtigt doch nichts eine spätere Aenderung des von Cicero bezeugten Zustands zu präsumiren, ja es erscheint bei weiterer Umsicht solche Aenderung fast undenkbar.

Denn *mutui datio stipulatio expensilatio* sind auch in dieser späteren Periode keineswegs die einzigen Fundamente der *certi condictio;* abgesehn von Forderungen aus Testamenten aus der *l. Aquilia* aus andern Gesetzen und Quasigesetzen, ist dieselbe Kondiktion wie aus dem Mutuum auch wegen eines *indebitum solutum*[10]), desgleichen *ex causa furtiua*[11]) anzu-

---

eine an sich billige Kompensation durchzuführen, die rechtlich damals noch nicht zu erzwingen war.

[9]) Fr. 9 pr. de R. C. (12, 1), pr. I. de V. O. (3, 15), fr. 24 de R. C.

[10]) Gai. III. 91: *is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem soluit re obligatur, nam proinde ei condici potest "si paret eum dare oportere" ac si mutuum accepisset.* § 1 I. quib. mod. r. c. (3, 14), § 6 I. de obl. q. q. ex c. (3, 27), Theoph. ad utr. l., fr. 5 § 3 de O. A. A. (43, 7): *. . . et eadem actione tenetur qua debitores creditoribus.* cf. fr. 1 § 1 de cond. ind. (12, 6).

[11]) Gai. IV. 4: *. . . ut fures etiam hac actione teneantur "si paret eos dare oportere".* § 14 I. de act. (4, 6); Theoph. ad. h. l.; fr. 9 § 1 de R. C. (12, 1): *. . . sed et ex causa furtiua per hanc actionem condicitur.* fr. 1 § 1 de cond. trit. (13, 3): *rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi . . . ueluti ex causa furtiua.*

strengen. Von hieraus schon muss eine Folgerung, für die später noch Verschiedenes anzuführen sein wird, wenig gewagt erscheinen, dass nämlich alle Forderungen aus realen Quasikontrakten mit denselben Kondiktionsformularen verfolgt worden, und dass diese keine anderen gewesen als die auch für die Ansprüche *ex mutuo ex stipulatu* u. s. w. zu benutzen waren. Bedenkt man nun, dass die Abgrenzung der Felder dieser Quasikontrakte, sowol nach aussen hin wie gegeneinander, die Römer sehr viel beschäftigt hat, aber nie zu einem Abschluss gelangt ist, so scheint die Annahme unabweislich, dass die Prätoren stets der zeitraubenden und für sie müssigen Untersuchung aus dem Wege gegangen sind, welche Spezies der Kondiktion unter obwaltenden Umständen begründet sein möchte. Es genügt *in iure* vollkommen, dass Kläger ein "*dari oportere*" ganz allgemein, wie ein "*rem meam esse*", behauptet und Beklagter dies bestreitet; die Formel wird demgemäss allgemein gefasst; im *officium iudicis* liegt zu prüfen erstlich ob erwiesene Tatumstände jene Behauptung überhaupt rechtfertigen, zweitens welche Spezialfärbung und welcher Name der Kondiktion danach zu geben ist, indem hiervon das Mass der Schätzung und Anderes abhängig zu sein pflegte.

Aber auch der Rückblick ergibt wesentlich dasselbe Bild. Es ist undenkbar dass die Forderungen eines Certum aus *datio stipulatio expensi latio* im älteren Rechte mit geschiedenen Aktionen zu verfolgen gewesen, und dass diese Aktionen dann später beliebig zusammengeworfen sein sollten; dies würde der natürlichen Geschichtsentwickelung direkt zuwiderlaufen. Gajus (IV. 19) muss ungezwungen dahin verstanden werden, dass die *l. Silia* Eine Kondiktion für jede Forderung auf *certa pecunia*, die *l. Calpurnia* Eine zweite Kondiktion für jede andere *certa res* eingeführt hat; und nach der Zähigkeit und dem Beharrungsvermögen der einzelnen Römischen Rechtsbildungen ist nichts wahrscheinlicher, als dass jede der beiden Kondiktionen ihr homogenes Muster auch schon in dem voraufgehenden Sakramentsprozesse besessen.

Für die *condictio* aus der *l. Calpurnia* scheint dies stringent bewiesen werden zu können. Ihre Nachbildung im Formularprozess führt bekanntlich den Namen "*condictio triticaria*". Aber für diese Nachbildung, so wenig wie für die Klage der *l. Calpurnia* kann dies Beiwort "*triticaria*" erfunden sein. Man

mag sich gefallen lassen, dass wie unter "*glans*" jede Art von Früchten ebenso unter "*triticum*" jede Art von Getraide, ja vielleicht alle Fungibilien zu verstehn gewesen, aber eine Klage, die ebenso gut wie auf Quantitäten auch auf alle Spezies, als da sind *homo bos fundus ius*, gehn konnte, für die kann dieser Name nicht zuerst in Gebrauch genommen sein. Wol aber kann eine *actio* zuerst nur für Quantitäten, vielleicht anfangs gar nur für besondere Arten derselben eingeführt sein, später auf alle Quantitäten, und noch später auch auf die Spezies ausgedehnt sein, und dabei immer ihren alten Namen *a. triticaria* behalten haben. Und da die *l. Calpurnia* schon keinen Unterschied mehr macht zwischen Spezies und Quantitäten, so muss die Einführung der *a. triticaria* und ihre Ausweitung zu einer "*actio de omni certa re praeter pecuniam numeratam*" in den Sakramentsprozess verlegt werden.

Ueberhaupt ist das Material zur Konstruktion der historischen Entwickelung derjenigen Aktionen die im Corpus Juris als Kondiktionen auftreten kein dürftiges; es muss ausreichen um wenigstens betreffs der Grundzüge Sicherheit zu erlangen, und von den vorläufig freilich sehr zahlreich einbrechenden Lücken und Zweifeln werden noch viele wiederholter Durcharbeitung weichen.

Anfänglich erscheinen die beiden Klagen

si paret certam pecuniam dari oportere

und

si paret certam rem dari oportere

als wesentlich verschiedene Institute. Jene wird, wegen ihres unmittelbaren Zusammenhangs mit der Manusinjektion, uns für die ältere gelten. Die andere scheint möglich geworden zu sein erst nachdem man mit einer den Eintritt der *m. i.* vermittelnden Litisaestimation sich zurecht gefunden. Doch müssen beide als Elemente des Zwölftafelrechts angenommen werden, wobei nur dahin gestellt bleiben mag, ob schon damals die *a. triticaria* zu einer *a. de omni certa re* entwickelt gewesen. Bei der Einführung des Kondiktionenprozesses (der beiden Legisaktionen *per cond.*), steht der Gegensatz noch in voller Kraft, ja seine praktische Bedeutung wird gemehrt durch die *sponsio legitimae partis*, wenn nicht auch dieser irgend eine ältere Einrichtung zum Vorbild gedient haben sollte. Aehnlich geht er in den Formularprozess über, nur

dass durch die Kondemnationsklauseln eine Annäherung angebahnt werden mochte.

Betreffs der Klagfundamente aber muss die Uebereinstimmung von Anfang an gross gewesen sein: was ein Mal ein *dari oportere* zu erzeugen vermag, vermag dasselbe auch im andern Falle, ohne Unterschied nach der Beschaffenheit des zu gebenden Objekts. Solches *dari oportere* bewirkten zunächst

datio (adnumeratio) — stipulatio — expensi latio

jene beiden betreffs aller Objekte, die letzte durch den Gebrauch auf Geldsummen beschränkt. Ob und welche andere *causae debendi* existirten, sowie von welchen besonderen Umständen die Wirksamkeit der drei ebengenannten abhängig war, das konnte, wie schon bemerkt, anfänglich niemand klar übersehen, erst die Praxis, die Verhandlungen in den einzelnen Judicien führten allmählich zur Befestigung und zur Kenntnis des geltenden Rechts.

Zugleich mag als Eigentümlichkeit dieser Aktionen betrachtet werden, dass die Bedeutung der Verhandlungen *in iure* hinter der der Verhandlungen *in iudicio* zurückstand. Wobei wieder darauf zu verweisen ist, dass auch später dem Prätor blos die nackte Behauptung des *dari oportere* vorgeführt zu werden pflegte, und nur aus den nicht auf einfache Negation beschränkten Gegenbehauptungen des Beklagten inhaltreichere Verhandlungen vor dem Magistrat sich ergeben konnten. In älterer Zeit muss die Beteiligung der prozessleitenden Magistrate und Pontifices bei gerade diesen Sachen wegen der beschränkten Zulässigkeit dieser Gegenbehauptungen noch geringer gewesen sein. Die Spruchformeln waren die einfachsten und bekanntesten; ihnen fehlten die besonderen Haken mit denen eine Partei leicht zu Falle zu bringen war, und sachlich bestand kein Zweifel dass ein Streit über *dari oportere* vor den Richter gehöre.

In iudicio musste die Sache dann bunter werden, auch wenn wir zunächst nur auf die Frage nach der Begründung, nicht nach dem Inhalte der Aktion sehn. Das Kreditum und insbesondere die *mutui datio* obligiren, aber doch nicht allemal, nicht wenn sie einem *pupillus furiosus prodigus* gegeben sind, wenigstens nicht in vollem Umfange; ebenso obligiren Stipulation, oder Sponsion, und Expensilation, aber es kann doch

nicht so gar lange gedauert haben bis dass man auch *inutiles stipulationes* und *expensi lationes* vor die Richter hat kommen sehen. Nicht viel Phantasie ist erforderlich um auszumalen wie hieraus die *disputatio fori* hervorging und die *auctoritas prudentium* erwuchs; man entschied diesen und jenen Zweifelsfall wie er eben auftauchte, und der unwiderstehliche Drang nach Gleichmässigkeit des Rechts führte mit Notwendigkeit zur Aufstellung erst einzelner, allmählich immer mehrer Regeln.

Neben dem Realkontrakt auf Restitution des Empfangenen müssen auch die realen Quasikontrakte verhältnismässig früh als *causae debendi* anerkannt sein. Die äussere Möglichkeit hiezu lag darin, dass der Judex durch nichts als sein Gewissen, und den Respekt vor dem auf offenem Markte ihn beobachtenden Publikum, beschränkt war als Gründe eines *dari oportere*, wie andererseits eines *rem actoris esse*, anzunehmen welche er mochte. Schien es ihm, dass die übergegangene *res* in diesem Falle, so wie er vorgetragen worden, den Empfänger verpflichten müsse, so sprach er sein "*paret dari oportere*". Dergestalt war es keinem Kläger verwehrt, eine neue bis dahin präjudizlose Sache vor den Richter zu bringen, keinem Richter das erste Präjudiz zu fällen, und beide mögen in den meisten derartigen Fällen *bona fide*, ohne das Bewusstsein eine Neuerung zu fordern oder zu schaffen, gehandelt haben.

Die innere Notwendigkeit dieser Entwickelung ergibt sich daraus, dass bei nur einigermassen lebendigen Verkehrsverhältnissen diese realen Quasikontraktsklagen zum guten Teile gar nicht entbehrt werden können. Man nehme beispielsweise einen Rechtszustand ohne *condictio indebiti*[12]) oder Surrogat derselben. Manche als verhältnismässig alt wohlbezeugten Rechtsinstitute würden den besten Teil ihrer Bedeutung ver-

---

[12]) Entweder man musste das Eigentum bald übergehn bald nicht übergehn lassen, die Eigentumsklage zum Repetitionsmedium machen, und dieselben Fragen, die jetzt bei der *cond. ind.* auftauchen, in die *r. uindicatio* verpflanzen. Damit wäre diese, wegen Ueberfülle der bei ihr zu erörternden Punkte, zu einem schwerfälligen und darum unzuverlässigen Rechtsmittel umgeschaffen; dass die Römer hierauf nie verfallen sind, wird aus der Unzweckmässigkeit dieser Erfindung, wie aus dem gänzlichen Mangel aller hinterbliebenen Spuren ohne Weiteres klar sein. Oder zweitens jede *solutio indebiti* wie *debiti* wäre gleichmässig vollwirksam gewesen, was nur bei noch völlig rohen Rechtsanschauungen sich behaupten konnte.

lieren, wenn sie ausser Zusammenhang mit diesen quasikontraktlichen Kondiktionen gedacht werden müssten: z. B. die Veräusserungsunfähigkeit von Pupillus und Furiosus und Prodigus; das Schenkungsverbot unter Ehegatten[13]); auch andere Schenkungsrevokationen sehn nicht gerade neu aus, namentlich die der *mort. c. donationes;* desgleichen die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Testamente, von denen wenigstens erstere zweifellos älter ist als das prätorische Edikt. Auch dass Sachen zur Dos gegeben wurden, danach die Ehe, vielleicht wegen Todesfalls, nicht vollzogen werden konnte, mag schon früh genug vorgekommen sein. — Anzuführen ist sodann, dass auch bei Plautus Geschäfte nicht selten sind, wo etwas um Gegenleistung gegeben wird, und wenn diese ausbleibt das Gegebene anscheinend mit Klage zurückgefordert werden kann[14]), Fälle also der *condictio causa data causa non secuta* nach späterem Sprachgebrauch. — Ferner dass direkt bezeugt ist, wie schon die *ueteres*[15]) wenigstens über gewisse Kondiktionsfälle (*ex iniusta c.* und *ex c. furtiua*) zu bestimmten Resultaten, sicherlich nicht ohne Disputation, gelangt sind.

---

[13]) Dessen Alter mit Rücksicht auf die *l. Cincia* allerdings bezweifelt wird von Bechmann Dotalr. II. 333.

[14]) So dreht sich in den Bacchides die Fabel des Stückes darum, dass die eine von den Schwestern vom Miles Geld genommen hat und dafür mit ihm herumziehen muss, bis sie es abverdient oder zurückgezahlt hat:

utrum aurum reddat anne eat secum simul.

vgl. I. 1, 8—11, 70—1, II. 2, 41, IV. 1, 1—4; 2, 8—10; 8, 1—6, 30 seq. — Aehnliche Geschäfte: Asin. III. 3, 135—6; IV. 1, 6 seq.; Curc. I. 3, 45 s.; Truc. IV. 2, 20—1; Poen. pr. 108; — Mil. IV. 2, 67—9. Geldhingabe für Freilassung: Persa III. 2, 2—4; 2, 8—11, 20—1, 27, 32—4; IV. 3, 3, 14—17; Rud. V. 3, 32; für eine einzugehende Heirat: Ter. Phorm. IV. 3, 45—72; 4, 12—24; V. 3, 13; 7, 4—5, 8—9, 28—54. — *Legis dictio* bei Hingabe von Geld in der Absicht, dass falls wider die Lex verstossen würde das Geld zu repetiren sei: Asin. I. 3, 81; III. 3, 43—4, 135—6; Most. II, 1, 12—13. — *Arrabones*, zuweilen auch *pignora* genannt, die, mögen sie nun aus dem vorausgezahlten Teil einer geschuldeten Summe oder aus anderem bestehn, stets von dem Empfänger zurückzugewähren sind, falls dieser der übernommenen Verpflichtung nicht nachkommt: Truc. III. 2, 19 s.; Most. III. 1, 115; 3. 15; IV. 2, 62; 3, 18, 21, 31; V. 1, 32; Mil. IV. 1, 11; III. 3, 38—9, 57—8; IV. 2, 58; Poen. V. 6, 22; cf. 5, 6—7; Rud. pr. 46; II. 6, 71; III. 6, 21—3. Ter. Heaut. III. 3, 40—50; IV. 5, 43—52.

[15]) Fr. 6 de cond. ob t. c. (12, 5): . . . *Sabinus probauit ueterum opinionem . . .;* fr. 20 de cond. furt. (13, 1). — cf. fr. 2 § 27 ui bon. rapt. 47, 8 (Ulp.).

Gerade die *cond. furtiua* interessirt hier auch noch in anderer Beziehung: bei ihr besteht bekanntlich die Ausnahme, dass von dem Eigentümer wider den Nichteigentümer auf *dare* geklagt werden kann. Nach Darstellung der Pandektenjuristen ist diese Ausnahme keine ganz eng umgrenzte [16]. Wie eng oder weit aber dieselbe auch in der späteren Zeit gewesen sein mag, sicher dass sie nicht als eine eingeführte vielmehr als eine übrig gebliebene Ausnahme zu betrachten ist, von damals her wo der Begriff des *dare* noch weniger genau präzisirt war. Von diesem älteren Zustande finden sich auch sonst einzelne Spuren [17], und man wird demnach anzunehmen haben, dass mit der Kondiktion der alten Zeit überhaupt auch Ansprüche verfolgt werden konnten, deren Inhalt über den Begriff des modernen *dari* hinausreichte; man hatte für den Unterschied damals noch keine Augen. — Wenn Papinian einmal sagt (fr. 66 de cond. ind. 12, 6): "*haec condictio ex bono et aequo introducta*", und Paulus (fr. 65 § 4 eod.): "*quod ob rem datur ex bono et aequo habet repetitionem*", oder (fr. 15 eod.): "*indebiti soluti condictio naturalis est*", so ist aus alledem wider ein höheres Alter der Klagen nichts zu entnehmen; das "*me-*

[16]) Fr. 1 § 1 de cond. trit. 13, 3 (Ulp.): *rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis ex quibus potest, ueluti ex causa furtiua uel ui re mobili abrepta.*

Gai. II. 79: . . . *condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt;* cf. fr. 2 § 26 in bon. r. 47, 8 (Ulp.). — Ebenso waren *res amotae* zu kondiziren, vgl. fr. 24 rer. amot. 25, 2, die wenigstens nach Ansicht mancher Juristen, vgl. fr. 1 eod. von den *r. furtiuae* unterschieden werden mussten. Auch bei Unbeweglichem tritt die *cond.* ein, nach fr. 2 de cond. trit. 13, 3, fr. 25 § 1 de furt. 47, 2 beide von Ulpian, wie Celsus dem Sabinus folgend wider Labeo entschieden hatte. Wegen beweglicher Sachen noch fr. 4 § 1 de R. C. 12, 1 (Ulp.): *res pignori data pecunia soluta condici potest. et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt . . . .* § 2: *ea quae ui fluminum importata sunt condici possunt.*

[17]) Fr. 15 de cond. c. d 12, 4 (Pomp.): Erst Proculus hebt, im Gegensatz zu seinen Vorgängern, die im Sinne der Neueren zutreffende Unterscheidung hervor, dass ein *dari oportere* dasei nur "*si fecisses eius hominem*". — fr. 42 § 1 de R. C. 12, 1 (Cels.), fr. 67 § 1 de V. O. 45, 1 (Ulp.): Vor Labeo hatte man offenbar kein Bedenken getragen aus der Stipulation "*X dari curari*" eine Formel "*X dari*" zu geben; Labeo verbietet dies nicht unbedingt, aber er meint "*non esse cogendum promissorem accipere iudicium, si reum locupletem offerat*"; Ulpian referirt: "*non posse stipulatorem decem petere, quoniam possit promissor reum locupletem dando liberari*", es scheint dass er auch von der bedingten Möglichkeit der Klage nichts mehr wissen wollte.

lius aequius erit" war eine alte Formel, und Plautus weiss von "*aequum et bonum*" schon in manchem Verse[18]) zu singen. Das einzige was daraus sich wirklich ergibt, dass die Entwickelung der Klagen keine durch Gesetz oder sonst irgendwie von aussen her gemachte gewesen, sondern aus dem Billigkeitsgefühl des Volks[19]) hervorgegangen ist, harmonirt gerade mit unserer Auffassung zum besten.

Diejenigen welche den Ursprung dieser Kondiktionen in spätere Zeiten setzen möchten[20]), haben nur darin Recht, dass die Abgrenzung Benennung und überhaupt Ausbildung[21]) derselben im einzelnen als Werk der klassischen Jurisprudenz anzunehmen ist. Bei Plautus wie bei Cicero kommt das Wort *condictio* gar nicht, *condicere* nicht in unserm technischen Sinne[22]) vor; es scheint also selbst die Verbreitung dieser Ausdrücke von den späteren Juristen ausgegangen zu sein. Der Anfang der theoretischen Durcharbeitung dürfte auch in keine spätere Periode als die der *ueteres*[23]) zu verlegen sein.

[18]) Men. IV. 2, 10; cf. Rud. II. 2, 10. — Ter. Phorm. IV. 3, 32; Heaut. IV. 1, 29; 5, 40; Ad. V. 9, 30.

[19]) Vgl. noch ad Herenn. II. 20: . . . *ex aequo et bono ius constat, quod ad ueritatem et utilitatem communem uidetur pertinere; quod genus: ut maior annis LX et cui morbus causa est cognitorem det. ex eo uel nouum ius constitui conuenit* . . . .

[20]) Vgl. Witte Bereichkl. 47, Demelius Zschr. f. R. G. II. 212 N. 47.

[21]) Worüber auch nach Accarias Théorie des contr. innom. und A. Pernices Anzeige dieses Werks, Krit. Vschr. X. 68 f., noch mancherlei aus den Quellen herauszulesen sein wird.

[22]) Ohne das Wort zu gebrauchen berüren die Sache zwei Ciceronianische Stellen (in Verr. II. 2, 53—61, pro Cluent. 66—79), welche Bestechungen von Richtern betreffen. "*Uerres ait se uelle de illis HS.* XXX. *cognoscere*, . . . *dicunt Bidini Uolcatio se dedisse*, . . . *Uolcatium uocat, pecuniam referri imperat*" (56 l. I, c.). — Im zweiten Fall ist das Geld dem Staienus übergeben, der die Bestechung zu vermitteln übernommen, "*quae pecunia simul atque ad eum delata est, homo impurissimus statim coepit in eiusmodi mente et cogitatione uersari: nihil esse suis rationibus utilius quam Oppianicum* [der das Geld gegeben] *condemnari; illo absoluto pecuniam illam aut iudicibus dispertiendam aut ipsi esse reddendam, damnato repetiturum esse neminem*" (69 l. II, c.). Wie weit das eine und das andere Mal rechtlicher Zwang zulässig gewesen, ist mit völliger Sicherheit nicht zu ersehn, zu beachten aber, worin beide Stellen mit einander übereinkommen, dass die Verpflichtung das Erhaltene zu restituiren, wenn es nicht dem gesetzten Zwecke gemäss verwendet worden, als zweifellos erscheint, und dass die *turpitudo dantis* kein Hindernis der Repetition abgibt.

[23]) Vgl. fr. 52 de cond. ind. 12, 6 (Pomp. l. XXVII. ad Q. Mucium):

Was die Formulirung anlangt, so drängt das vorher Bemerkte zu der Annahme:

1) dass alle Kondiktionen aus realen Quasikontrakten ohne Unterschied des Namens und Erfolgs mit der *ex mutuo* in eine und dieselbe Formel [24]) gepasst wurden,
2) dass dagegen ein Unterschied zu machen war, je nachdem das Objekt der Repetition eine *certa pecunia* oder irgend ein anderes *certum* gewesen (*cond. certi* — *triticaria*).

Augenscheinlich verträgt sich der zum Teil sehr elastische Erfolg der quasikontraktlichen Kondiktionen *ex re* vortrefflich mit dem was wir über die Formulirung der *c. triticaria* wissen, mit der *certi c.* dagegen viel schlechter. Dort wird die *intentio* auf ein *dari oportere* eben der Sache gestellt, die in das Vermögen oder die Gewalt des Beklagten übergegangen ist, und durch diesen Uebergang denselben verpflichtet hat; die auf eine Litisaestimation bezugnehmende Kondemnationsklausel

quanti ea re e. — tantam pec. c.

gibt danach dem Judex volle Freiheit, mit seinem Spruch den Regeln gerecht zu werden, welche die praktische Jurisprudenz über den Erfolg dieser Klagen aufgestellt hatte.

Ganz anders bei der *certi* (*certae pecuniae*) *condictio*, wo wir uns die Kondemnationsklausel mit der Intention kongruirend zu denken haben:

s. p. XXX dari oportere — XXX condemna.

"*damus aut ob causam aut ob rem* . . ." So wenig zu sagen ist, dass hiemit Worte des Q. Mucius reproduzirt werden, so wahrscheinlich muss uns dünken, dass die Schrift desselben zu dieser Unterscheidung speziellen Anlass gegeben, also wol selber irgend welchen Abteilungsversuch enthalten hat.

[24]) Womit denn aber doch auch nicht mehr gesagt sein soll, als dass es eben möglich gewesen Ansprüche *ex mutuo*, *ex causa furtiua*, *ob rem d.* u. s. w. mit Einer Klage zu verfolgen, wogegen die andere Möglichkeit nach Verschiedenheit der Sachen auch unterschiedene Aktionen anzustrengen nicht in Abrede gestellt wird. Nach fr. 11 § 2, 14 § 2 de exc. r. iud. 44, 2, scheint auf dem Gebiet der *actiones in rem* die Anwendung der allgemein umfassenden Klage die Regel, die der durch Angabe der *causa* spezialisirten die Ausnahme gewesen zu sein, bei den *actiones in personam* aber das umgekehrte Verhältnis bestanden zu haben. — Im fr. 13 § 2 de iurei. 12, 2, redet Ulpian nicht sowol von der Beschränkung der *condictio* auf Eine *causa*, als von der weiteren Beschränkung einer bereits spezialisirten Kondiktion auf besondere Fälle dieser *causa*.

Bei Gefahr des *litem suam facere* durfte Judex hier nicht auf mehr noch weniger sprechen. Entweder also muss ein Unterschied des praktischen Erfolgs sich behauptet haben, je nachdem die obligirende *res* baares Geld oder etwas anderes gewesen, oder es ist den Juristen gelungen eine Verbindung der *intentio* auf eine bestimmte Geldsumme mit einer Kondemnationsklausel ähnlich der bei der *c. triticaria* oder der *a. de eo q. certo loco* in die Praxis einzuführen [25]).

Zu den nicht durchsichtigen Bildungen gehört auch die *incerti condictio*. Gewiss ist dass sie sich an die Kondiktionen, die ohne diesen Beinamen auftreten, sehr nahe anschliesst. Ueberall wo der Name vorkommt handelt es sich um Fälle, die in den Kondiktionenschematismus sehr wohl hineinpassen, wo aber die besondere Beschaffenheit des konkreten Klagobjekts verbietet die Intention auf ein *certum* zu stellen. Die häufigsten Anwendungen finden sich bei:

I. Zuvielleistungen wenn nach allgemeiner Regel die Repetition des Zuviels gerechtfertigt wäre, die gewöhnliche Formel aber zu dieser Repetition wenig geeignet erscheint, indem

a) das Zuviel aus Impensen [26]) besteht, derentwegen Retention an der Stelle gewesen sein würde. Hier konnte die Intention eventuell auf *dari*, aber nimmer auf *certum dari* gestellt werden, es sei denn dass der Kondizent von vornherein auf Realisirung seines ganzen Anspruchs verzichtet hätte;

b) der Leistende befugt war ein dingliches Recht an der Sache sich zu reserviren [27]);

c) er nur verpflichtet war gegen Stellung einer Kaution [28])

---

[25]) Vgl. hiezu Beilage D.

[26]) Fr. 40 § 1 de cond. ind. 12, 6 (Marcian.): . . . *deducendam esse impensam ex fideicomisso constat et, si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit.* — Ebenso fr. 60 de leg. I. (Iulian.), nicht widersprechend fr. 33 de cond. ind. (Iul.), da das Verhältnis des Erben zum Fidekommissar ein anderes ist als das des Besitzers zum Eigentümer.

[27]) Fr. 22 § 1 de cond. ind. (12, 6): *cum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi: incerti condicam ut iter mihi concedatur.* — fr. 35 de seru. pr. u. (8, 2); fr. 8. pr. de A. E. V. (19, 1).

[28]) Fr. 5 § 1 de usufr. ear. r. (7, 5): . . . *dici potest omissam cautionem posse condici incerti condictione.* — fr. 7 pr. usufr. quemadm. (7, 9). — cf. fr. 39 de cond. ind. (12, 6); fr. 69 § 3 de leg. II.

zu leisten. Zu kondiziren ist im einen Fall (b) das dingliche Recht, im andern (c) die Kaution; letzteres mit der Formel auf *dari* ganz unvereinbar.

II. Leistungen die ganz und gar ohne genügende Kausa geschehn, und

a) in der Aufhebung einer Forderung [29]) (Acceptilation).

b) in der Bestellung einer Forderung [30]) (Promission),

c) in Einräumung des Besitzes [31]) bestehn.

d) Sind *operae indebitae* prästirt, so kann deren Aestima-

---

[29]) Fr. 4 de cond. c. d. c. n. s. (12, 4): *si quis accepto tulerit debitori suo, cum conueniret ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici: condici posse ei qui accepto sit liberatus.* Hier fehlt das *incerti;* noch abweichender scheint fr. 10 eod.: *si mulier ei cui nuptura erat, cum dotem dare uellet, pecuniam quae sibi debebatur acceptam fecit, neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur.* Denn diese *pecuniae condictio* war vermutlich keine *inc. cond.* Aber diese Entscheidung trifft auch nur da zu, wo *pecunia* und zwar *pecunia certa* Objekt der Schuld war; war dies vielmehr eine *pecunia incerta,* z. B. eine Rente, irgend ein anderes *incertum,* ging die Schuld auf ein *facere,* oder war dieselbe noch nicht fällig, so wird die Kondiktion doch auf nichts als auf Wiederherstellung der Forderung gerichtet werden dürfen, und zweifellos *incerti c.* sein.

[30]) Fr. 3 de cond. s. c. (12, 7): *qui sine causa obligantur incerti condictione consequi possunt ut liberentur* . . . . — fr. 2 § 3 de donat (39, 5): . . . *incerti condictione stipulatorem compellam ut mihi acceptam faciat stipulationem;* cf. § 4. — fr. 16 § 2 de minor. (4, 4); fr. 5 § 1 de A. E. V. (19, 1); fr. 46 pr. de i. dot. (23, 3). — fr. 1 pr. de cond. s. c. (12, 7); fr. 31 de cond. ind. (12, 6); cf. fr. 24 eod.; fr. 1. pr. ut in poss. leg. (36, 4). Diese Kondiktion der Befreiung kann sich auch wider einen andern als den Gläubiger dem versprochen worden, namentlich wider den Deleganten richten: fr. 12 de nouat. (46, 2): . . . *sed is qui delegauit tenetur condictione, uel incerti si non pecunia soluta esset, uel certi si soluta esset.* fr. 13 eod.; fr. 9 § 1 de cond. c. d. c. n. s. (12, 4); fr. 5 § 5 de doli m. exc. (44, 4).

[31]) Fr. 12 § 2 de cond. furt. 13, 1 (Ulp.): *Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, cui pignori res data sit incerti condictione acturum, si ea subrepta sit.* Die genaue Citation der Gewährsmänner weist darauf hin, dass der Satz noch zu Ulpians Zeit nicht über allem Zweifel stand. — fr. 2. de cond. trit. (13, 2): *sed et ei qui ui aliquem de fundo deiecit posse fundum condici Sabinus scribit. et ita et Celsus, sed ita si dominus sit qui deiectus condicat; ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.* — fr. 15 § 1 de cond. ind. 12, 6 (Paul.): *sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet ut uel possessio eorum reddatur; quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem.*

tion, "*quanti operas essem conducturus*" kondizirt[32]) werden; was aber nur für *operae artificiales* und auch für diese erst von Julian demnächst von Marcellus und Ulpian, gegen Widerspruch von Marcian, angenommen worden ist.

Unter I und II finden sich ausschliesslich Repetitionen von Bereicherungen ohne genügenden Grund (*sine causa* i. w. S.); die einzelnen Spezies sind dieselben denen wir auch bei der *cond. certi* und *cond. triticaria* begegnen, *indebitum solutum*, *causa d. c. n. s.*, *sine causa* i. e. S., *causa furt.;* die Natur des Objekts bedingt ein incertes Petitum an Stelle der *certae intentiones* treten zu lassen. Es ist also an sich nicht schwer zu erfinden, weder warum überhaupt man hier *condictiones*, noch warum man *incerti condictiones* zur Anwendung brachte. Die Schwierigkeiten beginnen erst sobald man auf die Abgrenzungsfrage eingeht: warum werden aus der grossen Menge der Kondiktionen im w. S. (Gai. IV. 5; § 15. I. de act. 4, 6; fr. 25 pr. de O. et A. 44, 7), von denen die auf *incertum* gehn nur diese technisch "*incerti condictiones*" genannt? und damit in Gegensatz zu den *actiones ex stipulatu ex testamento*, *bonae fidei*[33]), *praescriptis uerbis* gestellt?

Will man auf den Glauben an das Dasein eines reinen Unterscheidungsgrundes nicht Verzicht leisten, so muss man annehmen dass derselbe auch äusserlich kennbar in den Formeln dieser Klagen hervorgetreten. Was hatten diese mit

---

32) Fr. 26 § 12 de cond. ind. 12, 6 (Ulp.). — fr. 25 de praescr. uerb. 19, 5 (Marcian.).

33) Vgl. z. B. fr. 35 de seru. pr. urb. (8, 2): . . . *uel ex uendito agere potest, uel incerti condicere.* Der Gegensatz zur *a. praescr. uerbis* tritt in fr. 25 de praescr. u. (19, 5) besonders deutlich hervor. Das "*incerti condictione id est praescriptis uerbis*" in fr. 19 § 2 de precario (43, 26) wäre falls richtig ein dem sonst bezeugten Sprachgebrauch schroff entgegentretendes Unikum; aber die Richtigkeit ist um so zweifelhafter je leichter die Abhülfe. Savigny Syst. V 504 schlägt vor "*actione*" statt "*condictione*" zu lesen; vielleicht empfielt sich "*intentione*" noch mehr. Soll "*condictione*" bleiben, weil die Zulässigkeit der Kondiktion auch in diesem Falle zu rechtfertigen wäre, und ihr das fr. 14 eod. und fr. 14 § 11 de furtis 47, 2 behauptete "*quia nulla eo nomine iuris ciuilis actio esset*" nicht entgegensteht, indem diese Ausdehnung derselben sicher erst nach Einführung des Interdikts *de precario* erfunden ist, so wäre an dem "*id est*" zu bessern, und dies durch "*et*" "*item*" "*uel etiam*" oder ähnliches zu ersetzen.

den Formeln der übrigen Kondiktionen i. e. S. gemeinsames, und zugleich von den Formeln der andern Kondiktionen[34]) im w. S. abweichendes? und wann sind sie mit dieser ihrer Formulirungseigentümlichkeit in die Römische Praxis eingeführt worden?

---

34) Die Behauptung, der Name erkläre sich ausreichend einerseits aus der Uebereinstimmung der *causa* mit derjenigen der Klagen, die man sich gewöhnt hatte vorzugsweise "*condictiones*" zu nennen, andererseits aus der Unbestimmtheit des Objekts, wäre nicht sowol eine Antwort als Ablehnung der gestellten Frage. Nur nach erkannter Unmöglichkeit der Beantwortung wäre hierauf zurückzugreifen. Man hat die Eigentümlichkeit der Kondiktionsformeln darin gesucht, dass dieselben auf ein "*dari oportere*" beschränkt waren, hier ist mit "*dari*" in der Intention offenbar nicht auszukommen; dagegen scheint es, dass die Kondiktionen auf *certa pecunia* und *certa res* stets ohne Vorhängsel, *demonstratio* oder andere *uerba praescripta*, gleich mit dem "*si paret . . . oportere*" begonnen haben. Danach möchte die Formel der *incerti c.* etwa gelautet haben:

si paret Nm. Ao. [*incertum . . .*] *dare facere oportere*
quanti ea res erit t. p. Nm. Ao. c. s. n. p. a.

VI. KAPITEL.

DIE KONDIKTIONSGRÜNDE.—ENTWICKELUNGS-GESCHICHTE DES RE OBLIGARI.

Wir kehren zurück zu dem ursprünglichen Anwendungsgebiet der Kondiktion; auch für dieses bleiben Zweifel. *datio — stipulatio — expensilatio* [1]: abgesehn von Ausnahmsfällen er-

[1]) Nur beiläufig interessirt uns die Frage nach dem Altersverhältnis dieser drei Ursachen eines *dari oportere*. Ich muss dabei beharren (cf. Loci Plautini de R. C. p. 24) für unnachweislich zu halten, dass zu Einer Zeit wirkliches *dari oportere* (d. h. Sakramentsprozess wegen solcher Schuld) schon bekannt gewesen, das formlose Hingeben als Rechtsgrund des *dari oportere* aber noch unbekannt geblieben sei. Die *expensi latio* halte ich für zweifellos jünger, sie ist, wie ähnliches auch anderswo geschehn, aus dem Herstellungsakt eines durchschlagenden Beweismittels zum Obligirungsakt erwachsen; nun kann aber das Bezeugende nicht wohl mehr wirken als das Bezeugte selber. Man möchte einwerfen die *expensi latio* sei ursprünglich Eintragung eines Formalakts gewesen; aber dann müsste sie als Obligirungsakt auch mit dem eingetragenen Formalakt gleiche Kraft gehabt, also unmittelbar zur Manusinjektion geführt haben, wovon nichts bekannt ist. — Die Stipulation, und insbesondere die Sponsion, war die Form, welche anfänglich der Konsensus annehmen musste, um obligirende Wirkung nach sich zu ziehen. Es scheint durchaus kein innerer Widerspruch darin zu liegen, dass zu derselben Zeit wo schon die Römer Realakte, die an und für sich greifbar sind, auch ohne besondere Form als genügende *causa obligationis* gelten liessen, sie bei dem flüchtigen Willen die Einkleidung in greifbare Formen erfordert hätten um ihm dieselbe Wirksamkeit zuzugestehn. Dass aber die Sponsion und andere die Willensübereinstimmung verkörpernde Frageakte erst nach der Einführung der persönlichen Klagen *per sacramentum* erfunden sein sollten, halte ich gleichfalls für unnachweislich. Die einseitigen Diktionen waren sehr wohl am Platz um, wie beim *nexum* und *mancipium*, wesentlich durch *res* begründeten Rechtsverhält-

zeugen die beiden letztgenannten stets eine Obligation, die bei der Expensilation vermittelt wird allemal durch *certi condictio*, bei der Stipulation je nach dem Inhalt des Versprechens durch *certi condictio — cond. triticaria — a. ex stipulatu*. Ganz anders die *datio*, die nicht blos in Ausnahmsfällen nicht obligirt; bei ihr sind es gleichberechtigte Gruppen, die Fälle die obligiren, und diejenigen die nicht obligiren. Auch ist nicht anzunehmen dass leztere ihre Kraft mit der Zeit verloren hätten, denn die Erfindung der *solutio* kann nicht von jüngerem Datum sein als die der *obligatio*.

Es ist also nicht sowol das *dare* im allgemeinen das obligirt, als vielmehr nur eine Art desselben, das *cre-dere*. Freilich erscheint dies dem neueren *dare* (*"ut res accipientis fiat"*) gegenüber auch wieder als der weitere Begriff, indem bei demselben ebenso gut die Restitution des *"idem corpus"* wie die eines *"tantundem eiusdem qualitatis"* vorgesehn sein kann. In dem weiteren Sinne ist der Ausdruck *credere*, *fidei credere* bei Plautus überaus gewöhnlich [2]). Die Pandektenjuristen brauchen *credere* bald im weiteren [3]) bald im engeren [4]) Sinne, und wechseln mit beiden Gebrauchsweisen [5]) schneller als der Deutlichkeit nütz ist.

Sollte nun anfangs jedes Kreditum i. w. S. die Kondiktion begründet haben? mit dem *"si paret"* oder *"aio te d. oportere"* auch eine kommodirte, deponirte, zum *pignus* gegebene Spezies

---

nissen bestimmte Form zu geben, sie mögen ab und zu, wie bei der *dotis dictio*, auch blossem Willen Rechtsgültigkeit zu geben benuzt sein; zum Ausdruck des *consensus* aber passten sie weit schlechter als jene, und jeder Hinweis fehlt dass dennoch diese Diktionen früher einen grösseren Abschnitt des späteren Sponsionsgebiets okkupirt hätten, oder dass die *sacramenti a. in personam* schon damals ins Leben getreten wäre, als man auch von dem in schönster Form verkörperten Konsense als ausreichendem Obligirungsgrunde noch nichts wissen wollte.

[2]) Vgl. meine Loci Plautini de R. C. 9 seq.

[3]) Fr. 1 de R. C. 12, 1 (Ulp.); fr. 2 § 3 eod. (Paul.).

[4]) Fr. 10 de R. C. 12, 1 (Ulp.); fr. 3 § 3 de S. C. Maced. 14, 6 (Ulp.); cf. fr. 6 § 6 mand. 17, 1 (Ulp.); fr. 19 § 5 ad S. C. Vell. 16, 1 (Afric.).

[5]) So z. B. Paulus im fr. 2 de R. C., vgl. § 1: "... *quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia* [*quae?*] *in genere suo functionem recipiunt per solutionem, nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio inuito creditori solui non potest*" mit § 3: "*nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur*".

zurückzufordern gewesen sein? Dafür spricht einigermassen dass dies betreffs der pignorirten Sache[6]) wenigstens geblieben ist, falls nämlich hierin nicht eine neuere Erfindung zu sehn sein sollte. Dagegen weniger die spätere beschränkte Bedeutung des *dari*, eben weil diese nach aller Wahrscheinlichkeit ein Produkt des klarer und schärfer gewordenen Rechtsbewusstseins gewesen ist; weit mehr die Einführung des *interdictum de precario*, und die Rechtfertigung derselben aus dem Fehlen einer *a. ciuilis*[7]).

Aber selbst wenn man das ganze Kreditumsgebiet als kondiktionsfähig annehmen wollte, wird damit der erste Kondiktionsgrund noch nicht erschöpft. In jedem Kreditum treffen zwei obligirende Momente zusammen, das reale des Uebergangs aus der einen Hand in die andere, und das konsensuelle der getroffenen Verabredung, der übereinstimmenden Bezugnahme auf die Fides des Empfängers. Die Verbindung beider macht das "*re contrahi*" aus. Auch bei einem Teil der realen Quasikontrakte liesse sich ein konsensuelles, oder doch einseitig voluntares Element der Obligirung nachweisen. Bei der "*datio ob rem*" liegt dies so klar, dass auch bei den Römern das Geschäft gleichsam auf dem Sprunge steht ganz Kontrakt zu werden. Bei der Zahlung gibt der Eine und nimmt der Andere in der ausschliesslichen Absicht der Schuldtilgung; darin scheint, nur nicht ausdrücklich erklärt, der Wille zu liegen dass, insofern die Absicht nicht erreicht werden könne, auch die Bereicherung unterbleiben, oder nach Umständen wieder rückgängig gemacht werden solle. Bei der "*datio ob turpem causam*" oder aus verbotenem Geschäft konzentrirt sich der Wille gleichfalls auf einen einzigen Zweck der

---

6) Fr. 4 § 1 de R. C. 12, 1 (Ulp.).

7) Fr. 14 de prec. 43, 26 (Paul.), fr. 14 § 11 de furt. 47, 2 (Ulp.). Völlig durchschlagend aber ist dies Argument auch nicht; nicht sowol weil Paulus doch selber an anderer Stelle S. R. V. 6, 10 eine *a. ciuilis* wider den Prekaristen erwähnt, die aus fr. 2 § 2, 19 § 2 de prec. zu erklären und gern späteres Ursprungs sein mag. Aber man wird bei der historischen Ausnutzung von fr. 14 cit., wie bei allen ähnlichen Notizen vorsichtig vorgehn müssen, und dürfte nicht erwarten dass Paulus sich anders ausgedrückt haben würde, wenn das Interdikt etwa eingeführt worden sein sollte um bessern Schutz zu gewähren als die Kondiktion geben mochte, oder deshalb weil der Charakter des *beneficium* und die Verwandtschaft mit der *donatio* gerade bei dem Prekarium später Zweifel an der Zulässigkeit der Kondiktion erweckt hatten.

Bereicherung, diesen improbirt das Gesetz, die gewollte Bereicherung ist rechtlich ausgeschlossen, jede andere nicht gewollt; auch hier lässt sich das Rückgängigmachen des tatsächlich eingetretenen Erfolgs also auf den Willen zurückführen. Noch leichter bei der Repetition "*ob causam finitam*".

Diese mögliche Verbindung des Willensmoments mit der obligirenden Kraft der *res* ist auch von den Römischen Juristen durchaus nicht übersehen [8]), zumal nicht beim Darlehn [9]). Diesem am nächsten steht die "*datio ob rem*", die auch wol "*contractus*" genannt wird [10]). Weniger Beachtung findet der Wille schon bei Begründung der *cond. indebiti;* freilich in dem besonderen Falle wo die mögliche Zahlung eines Indebitums ausdrücklich vorgesehn ist, "*si quis sic soluerit, ut si apparuisset esse indebitum*", wird auch noch von einem "*negotium contractum inter eos*" geredet [11]). Von einfacher *indebiti solutio* sagt Julian noch einmal, dass der Zahlende "*aliquid negotii gerit*", doch in einem Zusammenhange aus dem nicht klar wird, welches Gewicht er auf das Willensmoment legt [12]); Gajus [13]) aber gibt augenscheinlich gar nichts darauf, was

---

8) Vgl. z. B. fr. 7 de R. C. 12, 1: *omnia quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae . . .*

9) So leitet Pomponius (fr. 3 de R. C. 12, 1) die Pflicht, Sachen von gleicher Güte wie die empfangenen zu restituiren, nicht etwa aus der Natur der Res her, die wie kein kleineres so kein schlechteres Aequivalent gestatte, sondern aus dem präsumptiven Wollen der Parteien, "*nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est; id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate soluatur qua datum sit*".

10) Schon von Celsus fr. 16 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4: "*. . . id contractus genus . . .*"; so wenig derselbe übrigens einer vorgeschrittenen und dem Willensmoment grösseres Gewicht beilegenden Theorie zuzuneigen scheint. — Für die Anerkennung des Tausches als Kontrakt dürfte die unverkennbare Verwandtschaft mit dem Kauf (vgl. fr. 1, 2 de rer. perm. 19, 4) ebenso von Bedeutung gewesen sein, wie für das Trödelgeschäft die nahe Berührung mit verschiedenen der rezipirten Kontrakte, fr. 1 de aestim. 19, 3. Uebrigens vergleiche man noch fr. 9 pr. de cond. c. d. c. n. s. (Paul.).

11) Fr. 2 pr. de cond. ind. 12, 6 (Ulp.).

12) Fr. 33 de cond. ind. 12, 6.

13) III. 91 — fr. 5 § 3 de O. et A. 44, 7. Die "*quidam*" waren offenbar anderer Ansicht als Gajus, doch scheinen sie nach seiner Darstellung ihre Behauptung weniger auf analytische Betrachtung des betreffenden Vorgangs, der *indebiti solutio*, als auf das Dasein der *condictio* gegründet zu haben, die wo sie aus dem *mutuum* entsprang Willensfähigkeit forderte; und dies war

immerhin soviel beweist, dass die entgegengesetzte Auffassung, auf die Julian und andere selbständige Köpfe vielleicht verfallen sein mochten, seiner Zeit nicht die herrschende war. Fast noch über Gajus hinaus geht in Verleugnung des Willensmoments Pomponius[14]), während die kaiserlichen Institutionen[15]) hauptsächlich Gajus Worte wiederholen.

Völlig keinen Zweifel darüber, dass die *res* für sich allein ohne Hinzutritt des Willens zu obligiren vermag, lassen folgende Entscheidungen:

a) das Darlehn, das ein absolut willensunfähiger (*furiosus*) gibt, obligirt den Empfänger[16]) sobald das Geld *in rem* des Empfängers vertirt ist;

b) hat eine Numeration als Grundlage nachfolgender Stipulation stattgefunden, die Stipulation ist aus irgend welcher Ursache hinfällig, so erzeugt[17]) die Numeration für sich die Kondiktion;

c) indem jeder der beiden Beteiligten ein anderes Geschäft beabsichtigt, fehlt der Konsensus, von den Geschäften kommt keines zu Stande; sobald aber Bereicherung durch Konsumption des Empfangenen stattgefunden hat, begründet diese[18]) die Kondiktion;

d) ebenso[19]) wenn ein Irrtum betreffs der Person des andern Kontrahenten das Zustandekommen des Geschäfts ausschliesst;

e) jemand hat Geld eines andern ohne Willen desselben in die Hand bekommen, sobald er es *sine dolo malo* konsumirt, erhält jener[20]) die Kondiktion;

---

in der Tat ein schwaches Argument, da in andern Fällen dieselbe *condictio* von der Willensfähigkeit unabhängig eintrat.

[14]) Fr. 13 § 2 comm. 13, 6: . . . *plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, ueluti cum per errorem indebitum soluendi causa datar.*

[15]) § 1 I. quib. m. re contr. 3, 14; § 6 I. de obl. q. q. ex c. 3, 27.

[16]) Fr. 12 de R. C. 12, 1, fr. 24 de O. et A. 44, 7, beide von Pomponius. Ebenso für Pupillen, fr. 19 § 1 de R. C. von Julian.

[17]) Fr. 9 § 5. 7 de R. C. 12, 1 (Ulp.).

[18]) Fr. 18 de R. C. 12, 1 (Ulp.).

[19]) Fr. 32 de R. C. 12, 1 (Cels.): . . . *subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti. sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest), sed quia pecunia mea ad te peruenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

[20]) Fr. 11 § 2 de R. C. 12, 1 (Ulp.); fr. 30 pr. de A. E. V. 19, 1 (Afric.):

f) desgleichen wenn jemand die Sache des andern in die Hand bekommen, sie verkauft und durch den erhaltenen Preis sich bereichert hat: "*quasi ex re tua locupletior factus sim*"[21]), was hier aber erst nach dem körperlichen Untergang der Sache angenommen werden kann, indem dieser die Vindikation des Eigentümers und damit den eventuellen Regress wegen Eviktion wider den Verkäufer abschneidet;

g) dagegen ist die Kondiktion sofort begründet[22]), wenn mit dem fremden Gelde von dem der es in der Hand hat Eigentumserwerb gemacht wird.

In den letzten Fällen, *e—g*, kommt mit dem Willen zugleich auch die äussere Form der Dation als Voraussetzung der Kondiktion in Wegfall, daher dieselben als Brücke zur *cond. ex. c. furtiua*[23]) und mit dieser gemeinschaftlich als Grundlage solcher weitgehenden Aussprüche betrachtet werden können wie

id[24]) *quod ex iniusta causa apud aliquem sit posse condici;*

quod[25]) *alterius apud alterum sine causa deprehenditur reuocare consueuit.*

Alles zusammengenommen mag man kein Bedenken tragen die *res* der *datio* als ersten Kondiktionsgrund zu substituiren, selbstverständlich mit der auch schon für die *datio* angenommenen Beschränkung, dass nicht jede *res* die Kondiktion erzeuge, und dass die obligirenden *res* und die nicht obligirenden einander nicht als Regel und Ausnahme, sondern wie gleichberechtigte Massen gegenüberstehn.

. . . *si nummos, quos seruus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtiuos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi aduersus te competet, quasi res mea ad te sine causa peruenerit.* — cf. c. 19 de proc. 2, 13 (Diocl. et Max): . . . . *in rem autem eius id pretium processisse.*

[21]) Fr. 23 de R. C. 12, 1. Afrikan unter Bezugnahme auf Julian. Naheliegende Fälle im fr. 55 de cond. ind. 12, 6 von Papinian.

[22]) Fr. 31 §. 1 de R. C. 12, 1. Paulus der Sabinus Cassius und Julian citirt; fr. 24 §. 1 de A. E. V. 19, 1, von Julian.

[23]) Auch bei der *cond. ob turp. causam* braucht die Dation nicht von dem Kondizirenden selber auszugehn, sondern nur aus dem Vermögen desselben gemacht zu werden, fr. 4 §. 4, fr. 5 de cond. ob t. c. 12, 5 von Ulpian und von Julian.

[24]) Fr. 6 de cond. ob t. c. 12, 5. Ulpian referirt nach Sabinus einen Satz der *ueteres*, dem auch Celsus zustimmt.

[25]) Fr. 66 de cond. ind. 12, 6, Papinian.

aus andern Kontrakten geschuldetes Geld durch Vertrag in eine "*pecunia credita*"[28]) verwandelt werden könne.

Wider die Ursprünglichkeit des "*re obligari*" könnte möglicherweise angezogen werden das anscheinend späte Aufkommen des Ausdrucks und die Unfertigkeit der Theorie auch bei den letzten grossen Pandektenjuristen. Beides ist zuzugeben, zeugt aber vielmehr für das Gegenteil. Dass "*res*", Uebergang aus der einen Hand in die andere, Bereicherung den Empfänger zu einer entsprechenden Gegenleistung verpflichten müsse, ist ein ebenso natürliches, auch dem weniger entwickelten Kulturvolk zugängliches Gefühl, wie es andererseits schwierig ist, demselben einen allseits befriedigenden Ausdruck zu geben; beiläufig eine Arbeit mit der wir selber noch nicht sobald fertig zu werden hoffen dürfen. Mit dem Gefühl im nächsten Zusammenhange steht der auch für die Ausbildung anderer Rechtsinstitute bedeutungsvolle, und speziell zur Rechtfertigung der Kondiktion herangezogene Satz:

> *natura*[29]) *aequum esse*, *neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.*

Für die Lösung der massenhaft andrängenden Einzelfragen nützt er wenig. Was ist Bereicherung? wie tief muss etwas in den Herrschaftsbereich des Empfängers gedrungen sein, damit sie anzunehmen ist? selbst das Eigentümer-Gewordensein ist mit dem "*locupletiorem factum esse*" nicht immer zu identifiziren, wie sich namentlich bei dem Pupillen und andern veräusserungsunfähigen Empfängern zeigt. Und Bereicherung kann doch nicht blos durch Uebertragung körperlicher Sachen, auch durch Bestellung von Forderungen und anderen Rechten, und wieder durch eine bessernde Behandlung schon zugehöriger körperlicher Sachen, einschliesslich der Tiere und Sklaven bewirkt werden. Nicht minder heikel ist die andere Frage: unter welchen Umständen die Bereicherung obligire? nicht die wirklich "*solutionis causa*", noch die "*donationis causa*" erfolgende; auch wol frühzeitig schon nicht mehr die wissentlich "*sine causa*" von dem Bereichernden gemachte, obgleich diese stets selten gewesen sein dürfte. So wenig wie für die

---

[28]) Die Hauptstellen: fr. 34 pr. mand. 17, 1 und fr. 15 de R. C. 12, 1 von Afrikan und von Ulpian, deren Meinungsdifferenz ebenso erklärlich wie die Entscheidung für das Justinianische Recht zweifellos ist.

[29]) Fr. 14 de cond. ind. 12, 6 (Pomp.).

Bereicherung selber war für diese obligirenden Verhältnisse ein einheitlicher Begriff und ein Name bald zu finden.

"*Res*" ist zuerst die körperliche Sache, "*res obligat*" die körperliche Sache obligirt, zunächst wol durch ihr körperliches Verhalten, den Uebergang aus der einen Hand in die andere. Aber *res* ist ein so überaus elastisches Wort, dass darunter sehr wohl auch andere als körperliche Sachen, und neben den Sachen selber auch die diese Sachen betreffenden Vorgänge, wie sie eben die Verpflichtung wirken, begriffen werden konnten. Immerhin wird einige Zeit zur Annahme dieser allgemeineren Bedeutungen erforderlich gewesen sein.

Mit dem Namen hatte man eine Anschauung der Sache bekommen, die übrigens vorerst noch Sondergut der Rechtsgelehrten blieb. Diese Anschauung aber war anfangs nichts weniger als distinkt und scharf, wie die angeschaute Sache selber denn auch noch der Gliederung ermangelte. Die Arbeit war wieder eine zweigeteilte, eine praktische und eine theoretische, beide eng in einander verhäkelt. Einmal kam es darauf an, im einzelnen zur richterlichen Kognition gelangenden Falle zu entscheiden: ist dies Bereicherung? und wieweit? und sind die Umstände solche, dass sie die Bereicherung zur obligirenden machen? Zweitens musste Gleichmass in diese Entscheidungen gebracht, sie mussten rationell zusammengeordnet, und damit der späteren Praxis vorgearbeitet werden.

Wir treffen diejenigen Juristen, von denen die Pandekten Kunde geben, beschäftigt mit diesen beiden Arbeiten. Jede Seite der Kondiktionentitel gibt Zeugnis von ihrer praktischen Tätigkeit, und von der Fortbildung des Rechts durch dieselbe. Nicht selten auch stossen die Ansichten über denselben, oder über gleiche Fälle aneinander, es entstehen Zweifel und Kontroversen, die teils dauern teils rasch beseitigt werden durch irgend welche wissenschaftliche Autorität, oder durch eine Kaiserentscheidung, die bald der einen Meinung recht gibt, bald durchschneidet zwischen[30]) beiden. Diese Arbeit war ihrer Natur nach eine endlose.

Nicht minder aber tragen ihre theoretischen Produkte den Stempel der Unfertigkeit, trotzdem, wie schon bemerkt

30) Wie beispielsweise das Reskript von Divus Pius zwischen den bis dahin über die Zulässigkeit der *cond. indebiti* wider Pupillen bestehenden Ansichten, fr. 5 pr. de auct. tut. 26, 8 (Ulp.) — cf. Gai. III. 91; §. 1 I. 3, 14.

ist (oben V N. 23), auch diese Art der Tätigkeit zu Q. Mucius Zeit bereits begonnen haben dürfte. Diese mangelhafte Entwickelung zeigt sich schon in der ungenügenden Erklärung, die ein so eminenter Jurist wie Julian für die Unzulässigkeit einer Kondiktion der Impensen[31]) aufstellt. Auch Papinians

ex his omnibus causis quae iure non ualuerunt, uel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione condictioni locus erit (fr. 54 de cond. ind. 12, 6).

kann sowenig als scharf abgrenzend betrachtet werden, wie aus fr. 1 de cond. s. c. 12, 4 von Ulpian eine Definition der *condictio sine causa* zu entnehmen ist. Mehrfach wird man darauf hingeführt, dass es nicht schwer gewesen sein würde, eine besondere "*condictio ob causam finitam*" eben so fest wie irgend eine der anderen Spezialkondiktionen abzuschliessen; die Juristen scheinen aber auch damit nicht zu Stande gekommen zu sein, vielmehr die "*causa finita*" gewöhnlich der ganz verschwimmenden "*sine causa*" einverleibt, stellenweis aber auch mit der "*causa non secuta*" oder der "*indebiti*" zusammengeworfen[32]) zu haben. Besonders lehrreich ist Paulus im

fr. 65 pr. de cond. ind. 12, 6: *in summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari*
aut ob transactionem,
aut ob causam,
aut propter condicionem,
aut ob rem,
aut indebitum,
in quibus omnibus quaeritur de repetitione.

Hieraus geht jedesfalls soviel hervor, dass das aus den Titelrubriken in den Pandekten zu entnehmende Kondiktionsschema

---

[31]) Fr. 33 de cond. ind. 12, 6; "*si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur, nam is qui non debitam pecuniam soluerit, hoc ipso aliquid negotii gerit*". — Dies könnte doch höchstens zur Ablehnung einer "*cond. indebiti*" genügen, während der Verwender doch wol eben nur eine *condictio* wie nach fr. 11 §. 2, fr. 23, fr. 31 §. 1 de R. C. 12, 1 gefordert hatte. Dagegen darf die Analogie von fr. 60 de leg. I von Julian und von fr. 40 §. 1 de cond. ind. (Marcian.) nicht wider fr. 33 cit. ins Feld geführt werden, da das Abweichende dieser Fälle schon durch die Worte "*quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat*" genügend hervorgehoben wird.

[32]) So z. B. fr. 2 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 (Hermog.) und fr. 2 §. 1 Ulp.), fr. 3 (Pap.) de cond. ind. 12, 6.

zu Paulus Zeit keine kanonische Geltung hatte, wie es denn auch schwer halten dürfte alle aus den Pandekten erfindlichen Fälle in demselben[33]) unterzubringen.

Alles dies zusammengenommen zwingt uns zu der Ueberzeugung, dass die Entwickelung nicht von einem festen Kerne ausgegangen ist, und nicht in dem Ansetzen von andern ähnlich abgeschlossenen Stücken an diesen bestanden hat; sondern dass von vornherein ein umfängliches und unübersichtliches, auf lebhaft empfundenen Gefühlen und unausgedachten Gedanken beruhendes Material vorhanden gewesen, und dass die spätere Arbeit wesentlich nur eine Klärung Sonderung Ordnung desselben, Herstellung von Grenzlinien nach aussen wie im innern gewesen ist.

Damit harmonirt, dass schon in den Plautinischen Stücken[34]) vielfach die zwar noch nicht recht klare und bewusste Anschauung durchbricht: dem Empfangen müsse ein Geben, der Leistung Gegenleistung folgen. Nicht minder der noch in den Digesten sehr gangbare Ausdruck "*cessat repetitio*" in Fällen, wo nach moderner Betrachtungsweise weniger von dem Aufhören, als von dem Niegewesensein der Repetition zu reden gewesen wäre. Dem älteren Römischen Rechtsgefühl

---

[33]) So z. B. gleich die von Paulus in §. 1 ibid. erwähnte Repetition des "*transactionis nomine datum*"; — die fr. 25 rer. amot. 25, 2, von Marcian statt der *a. rer. amot.* gegebene Kondiktion, die sicher keine *cond. furtiua* ("*qui non ex iusta causa possident*") sein soll; — eher könnte wegen der nach fr. 55 de cond. ind. von dem *dominus* wider den *praedo* anzustellenden Klage wegen *fructus* im e. S. an die *c. furtiua* gedacht werden; wogegen die Fälle, die oben e—g, angeführt worden sind, nach dem traditionellen Schema entweder gar keinen, oder nur in dem Allerweltsquartier der *sine causa* Platz finden.

[34]) Ausser den auf das *creditum* bezüglichen in den *Loci Plautini* enthaltenen und ausser den oben V N. 14, citirten Stellen vergleiche man vorläufig:
Asin. I. 3, 20; Epid. I. 1, 22; III. 4, 81; IV. 1, 23—24; Bacch. II. 3, 11; Pseud. I. 1, 45—6; IV. 2, 13; Poen. IV. 2, 31—2; Rud. IV. 4, 43; Trin. IV. 2, 122—40; Stich. IV. 1, 41—56.
Einzeln betrachtet verwischt sich die Bedeutung derselben, sie wollen alle nacheinander im Zusammenhang der Stücke durchlesen sein. Dann aber wird man sich dem Eindruck kaum entziehn können, dass dieselben Anschauungen überall durchgehn, und für die Entwickelung der Fabel wie für Gestaltung des Dialogs massgebend gewesen sind, so dass die Annahme eines festen Vorbilds derseblen im Römischen Verkehrsleben unabweisbar wird.

aber muss es als das Normale erschienen sein, eine Repetition *ex re* hervorgehn zu sehn; das Verbleiben des Empfangenen bei dem Empfänger ohne weitere Folge wird im Gegensatz zur Regel als "*cessare repetitionem*"[35]) erfasst.

Ein ferneres Beweisstück für die bindende Kraft der *res* in alten Zeiten ist neuerdings entdeckt, das Schema eines Fiduciavertrags (Inscr. Lat. II. p. 700 n. 5042)[36]). Waren früher die Ansichten geteilt, ob das *pactum fiduciae* innerhalb des Mancipationsgeschäfts seinen Platz gehabt oder daneben, so ist mit diesem Funde für letzteres wol definitiv entschieden[37]). Erst wird mancipirt, die "*adfines fundo*" werden namhaft gemacht, dann folgt das "*pactum conuentum*": die zur Fiducia gegebenen Stücke haften für diese Schulden, unterbleibt die vertragsmässige Zahlung derselben, so können die Pfandstücke verkauft werden unter diesen Bedingungen — hier bricht das Schema ab. Am dinglichen Rechte des Fiduciars ist damit nichts geändert, er ist Eigentümer und kann als solcher vollwirksam schalten über die Sache[38]), aber Akte, die wider das *pactum conuentum* verstiessen, würden ihn persönlich verantwortlich machen, er ist gebunden durch die *actio fiduciae*. Diese *obligatio fiduciae* aber ist erwachsen woraus? aus dem

---

35) Vgl. z. B. fr. 14 de R. C. 12, 1 (Ulp.); fr. 3 §. 3 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4, (Ulp. Procul.); fr. 5 pr. eod. (Ulp.); fr. 4 pr. §. 1 de cond. ob t. c. 12, 5 (Ulp. Sabin. Pegas.); fr. 8 eod. (Paul.); fr. 1 de cond. ind. 12, 6 (Ulp.). — Aehnlich wird "*condictio cessat*" gesagt: fr. 14 de R. C.; fr. 3 pr. de cond. c. d. c. n. s.; fr. 5 pr. eod.; fr. 26 §. 13 de cond. ind. (Ulp.); fr. 5 pr. de cond. s. c. 12, 7 (Pap.). Für "*cessare*" "*inhiberi*": fr. 3 §. 3 de cond. c. d. c. n. s. — Selbstverständlich dass "*cessare repetitionem*" auch für das Fortfallen der vorhergewesenen Kondiktion gebraucht wird: fr. 1 pr. de cond. c. d. c. n. s. (Ulp.); . . . *causa secuta repetitio cessat;* fr. 10 §. 3 de cond. furt. 13, 1 (Ulp. Cels.).

36) Dazu Degenkolb Hermes III. 290 f., Zschr. f. R. G. IX. 117 f.

37) Vgl. Degenkolb Zschr. a. a. O. 172. — Das Verdienst Iherings (Geist II. §. 46), bewährten Autoritäten gegenüber allein das Richtige herausgefunden zu haben, soll durchaus nicht geschmälert worden, doch meine ich, dass die Fiducia sowol bei *in iure cessio* wie bei *mancipatio* stattfinden konnte, hätte auch früher schon für seine Auffassung durchschlagen müssen.

38) Die Worte scheinen eine andere Auslegung, Beschränkung des dinglichen Rechts zu gestatten, wobei man sich denn auch an die krüppelhaften Fiduciarnachbildungen der Familiengewalten erinnert fühlen könnte. Dennoch halte ich eine so wesentliche Abweichung von der Regel durch diese Argumente nicht ausreichend unterstützt; ebenso Degenkolb a. a. O. 147.

pactum conuentum. Unter den Konsensualkontrakten wird dasselbe nirgends genannt; es ist eben ein *pactum adiectum*, und diese Nebenverträge allein oder sammt den bezüglichen Hauptverträgen unter den Kontrakten aufzuführen[39]), widerstrebt dem Römischen Gebrauch. Ein Nebenvertrag also; und zu welchem Hauptgeschäft gehörig? zu Mancipation und zu Injurecession gewis.[40]) Beide sind feierliche Eigentumsübertragungsakte. Man kann daher das den Nebenvertrag unterstützende Element entweder in den Feierlichkeiten oder in der Eigentumsübertragung suchen. Wir wissen dass unser *pactum conuentum* ausserhalb der Mancipation steht, dasselbe mit der Injurecession in Verbindung zu bringen scheint ganz unmöglich, vor der Addiktion ist dafür kein Platz, und nach derselben hat der Prätor mit diesen Parteien nichts mehr zu schaffen, die Rolle eines nur bezeugenden Organs kommt ihm nach Römischem Gerichtsgebrauch überall nicht zu. Bei der Stipulation freilich heisst es "*pacta in continenti adiecta inesse creduntur*", aber die Stipulation ist eben ein Akt der nur den Zweck verfolgt *pacta* Kraft zu verleihen: es war in der Tat nichts anders als eine liberale Beantwortung der Fassungsfrage, dass man die unmittelbar der Stipulation folgenden Verabredungen ebensogut in dieselbe hineinzog wie die voraufgehenden. Diese Analogie passt also nicht, und auch übrigens wird man nicht viel Beispiele finden, dass Römische Formalakte auf Draussenliegendes ihre erkräftigende Wirkung zu erstrecken vermocht hätten zumal wenn die Entfernung eine so grosse ist, wie die von der Injurecession zu diesem *pactum conuentum*; "*uti lingua nuncupassit ita ius esto*" ja, wenn das *nuncupatum* eben noch innerhalb der Grenzen des Formalakts liegt.

Dagegen strömen uns gleichsam Analogieen zu, sobald man die Kraft des *pactum conuentum* in dem Anschluss an die Eigentumsübertragung, die *res* sucht.[41]) Das *pactum fiduciae* ist hiernach nichts anderes als eine *lex dationis*, wie wir deren

---

39) So erklärt sich einigermassen warum man die *fiducia* niemals im Kontraktschema gefürt, und auch wegen der *actio praescriptis uerbis* keine Erweiterung nötig gehalten hat.

40) Ob auch zur Tradition? s. oben I. N. 27.

41) Auf diesem Punkte komme ich mit Degenkolb a. a. O. 177 f. in erhebliche Differenzen, sehe aber mit Vergnügen, dass er selber von seinem Ausgangspunkte nur zu Zweifeln gelangt.

auch sonst vielen im älteren Römischen Rechte[42]) begegnen. Und dass die *fiducia* und die *a. fiduciae* zu den älteren wenn auch vielleicht nicht zwölftafelmässigen Rechtsbildungen gehört, wird auch schwer zu widerlegen sein.

Schliesslich sind noch die aus der *datio ob rem*[43]) hervorgehenden Rechtsverhältnisse etwas näher in Betracht zu ziehn. Die *res* an sich, Hingabe Bereicherung, verpflichtet unwandelbar zu nichts als zur Rückgabe eben des Empfangenen, erst durch das Eingreifen des Willens wird die Möglichkeit geschaffen *aliud pro alio* zurückzuleisten[44]) und damit die erwachsene Obligation zu lösen (*soluere*). Das neue *aliud* ist nur "*in solutione*" nicht "*in obligatione*", das alte (empfangene) *aliud* bleibt "*in obligatione*"; der Empfänger kann noch immer damit zahlen, der Geber es fordern[45]). So sehn wir den Fall in den Bacchiden von Plautus (oben S. 104) gestaltet, das Mädchen hat Geld genommen um es abzuverdienen, dabei steht es in ihrer Hand durch Rückzahlung des Geldes sich wieder freizumachen, nur falls sie dies nicht kann, ist sie an die andere Leistung gebunden. Hätte der Geber nicht bis zur erfolgten Gegenleistung die Repetition des von ihm Gegebenen, so wäre er einstweilen völlig schutzlos; als ob wer einen *solutionis causa* bestellt hätte damit der eigenen Klage verlustig ginge. Mit der Repetition schneidet er die Möglichkeit der andern Gegenleistung ab, wie der Gläubiger mit Klage die Zahlung an den *solutionis causa adiectus*. Die Repetition ist keine Klage "*ex paenitentia*" sondern eine Klage "*ex re*", durch die *paenitentia* ist nur die der direkten Wirksamkeit der *res* zeitweilig entgegenstellte Verabredung einer anderen Gegenleistung einseitig zerrissen.

---

42) Vgl. auch A. Pernice Krit. Vschr. X. 55 f. über die ersten Anwendungen der *a. praescriptis uerbis*.

43) In dem weitern Sinne in dem Paulus fr. 5 pr. de praescr. u. 20, 5, den Ausdruck gebraucht "*qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias*".

44) Analog Marcians fr. 25 de praescr. u. 19, 5: "*aliud dando ut aliud reddatur obligari iure gentium possumus; quod autem indebitum datur aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere*". Die *indebiti condictio* erscheint hier als Repräsentantin der reinen Realaktionen, unter denen die eine wenig biegsamer war als die übrigen.

45) Ein Verhältnis das der Stellung eines *solutionis causa adiectus* einigermassen ähnlich ist.

Die einseitige Aufhebung geschlossener Verträge, auch zweiseitiger, ist nichts im Römischen Recht unerhörtes: unter Umständen ist sie bei der *locatio conductio* zulässig, unbedingt jedem Teil gestattet bei Mandat, Societät, Verlöbnis, Ehe.

Von der Kondiktion des Gegebenen "*propter paenitentiam*" ist die "*propter rem non secutam*" wol zu scheiden; bei jener ist es der Wille des Gebers, bei dieser die mit oder ohne Schuld des Empfängers eingetretene Unmöglichkeit der verabredeten Gegenleistung, welche die Verabredung aufhebt. Ist die verabredete Gegenleistung eine solche, die nur gleich oder gar nicht vorgenommen werden kann, so ist kein Raum zum *paenitere;* anderesfalls ist, wie gesagt, die Repetition "*post paenitentiam*" das einzige Mittel des Gebers überhaupt eine Leistung des säumenden Empfängers zu erzwingen.

Schritt vor Schritt, erst in einzelnen dann in immer mehren[46]) Fällen, (Paulus noch weigert sie, fr. 5 §. 3 de praescr. u. 19, 5 beim "*facio ut des*", während Ulpian fr. 15 eod. sie hier, auch nicht ohne Bedenken, zulässt) erhält der Geber eine Klage die verabredete Gegenleistung selber, das *aliud pro alio* zu erzwingen. Ueberall wo die neue Klage Boden gefasst hatte war die Repetition "*propter paenitentiam*" sowie "*propter rem non secutam*" zum Schutz des Gebers nicht mehr unentbehrlich. Dass man gleichwol mit Aufhebung derselben sich nicht übereilte, erklärt sich vollständig aus der Art des Eindringens und der Verbreitung des neuen Rechtsmittels, das jeden einzelnen Fall sich gleichsam erst erobern musste, man durfte den alten Schutz nicht aufgeben bevor man des neuen gewis geworden war.

Dagegen wurden die in der Repetition liegenden Härten, nach Massgabe der bei andern Kontrakten entwickelten Regeln, abgebrochen. Aber auch nur allmählich und nicht ohne Widerstreit. Es wird in Erwägung genommen, wer den Zufall zu tragen habe[47]), und was der Empfänger für Vor-

---

[46]) Vgl. A. Pernice a. a. O. 93 f.

[47]) Die ganze Steifheit der älteren Auffassung bei Celsus fr. 66 de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, der aber doch auch der Zweifel nicht ganz baar ist "*in quod procliuior sum*". *ob rem datum re non secuta* muss zum Geber zurückkehren, ist der Gedanke der bei ihm durchschlägt. — Allgemeine Proculianische Theorie scheint das aber nicht gewesen zu sein, da Proculus selber in einem naheliegenden Fall nach fr. 3 §. 3 de cond. c. d. anders entschie-

bereitungshandlungen der verabredeten Gegenleistung[48]) zu fordern berechtigt sein solle. Damit wird die Kondiktion in ihrem Erfolge der *a. praescr. uerbis* nahe gerückt, wie denn auch bei dieser die Römischen Juristen einige Neigung verraten zur Schätzung der Kondiktion[49]) zurückzugreifen.

---

den hat. Dass später die Analogie des Kaufes durchdrang, daran kann schon nach fr. 5 §. 1 de praescr. u. 19, 5 (Paul.) c. 10 de cond. ob c. d. 4, 6 (Diocl.), cf. fr. 3 §. 3, 4, fr. 5 §. 4 de cond. c. d. (Paul.) kein Zweifel sein.

Beiläufig mag bemerkt werden, dass gerade unsere *datio ob rem* Anlass gibt die Billigkeit, ja selbst die Konsequenz der neuesten Römischen Ansichten über Tragung der Gefahr in Zweife zu ziehn. Man denke an ein Geschäft wie das fr. 5 §. 2 de cond. c. d. erwähnte: "*si quis X dederit Titio ut seruum emat et manumittat*", nach Hingabe der 10, aber vor dem Verkauf ist der Sklave gestorben. Lässt man den Geber der 10 den Schaden tragen, wenigstens falls der Empfänger nichts versäumt hat und noch gar nicht in der Lage gewesen ist den Kauf abzuschliessen (cf. fr. 3 §. 3 eod.), so bereichert sich der Empfänger, den gar kein Schaden trifft, augenscheinlich auf Kosten des Gebers, im schneidenden Widerspruch zu dem "*iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem*". Verpflichtet man aber den Empfänger unbedingt zur Restitution der erhaltenen 10, so wird das mit der Entscheidung von fr. 3 §. 3, 4 cit. kaum zu reimen sein, da diese Stellen anscheinend nicht blos von der Manumission eigner Sklaven reden. Und selbst dieses angenommen, könnte nicht wer seinen vom Dritten erschlagenen Sklaven *ex l. Aquilia* schon reichlich bezahlt erhalten hat, den Manumissionspreis einbehalten oder auch einklagen? und würde dies weniger wider das "*iure naturae aequum*" verstossen?

48) Ueberaus lehrreich ist fr. 5 pr. de cond. c. d. 12, 4 (Paul.):
"*si pecuniam ideo acceperis ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis uel ualetudinis impedimento fuerit quominus proficiscereris, an condici possit uidendum*". Dies die Frage.
"*et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare*". Eine Antwort die auf der Analogie der Dienstmiete fusst.
"*sed cum liceat paenitere ei qui dedit*, (er kann einseitig die Verabredung aufheben) *procul dubio repetetur id quod datum est*"; denn nach dieser Aufhebung wirkt wieder die *res* ausschliesslich.
Aber nun kommt die Milderung "*nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam*", was dann im folgenden sorgfältigst ausgeführt wird. Vgl. dazu die Entscheidung des §. 2 und besonders §. 3 "*si propter hoc non distraxit*".

49) So kommt Paulus im fr. 5 pr. §. 5 de praescr. u. 19, 5, "*naturalis meus filius seruit tibi et tuus filius mihi; conuenit inter nos ut et tu meum manumitteres et ego tuum; ego manumisi tu non manumisisti*" für die *a. praescr. uerbis* (§. 4 "*sed tutius erit pr. u. dari a.*") zu dem Ergebnis "*ut eius fiat condemnatio quanti interest mea seruum habere quem manumisi*", d. h. auf den Betrag nicht der Leistung die ich zu fordern, sondern derjenigen die ich gemacht habe.

Für uns sind die Fragen von geringem Belang, ob die Repetition in Folge von Pänitenz als Institut des Justinanischen Rechts[50]) anzuerkennen ist, und ob es zweckmässig gewesen die *condictio c. d. c. n. s.* auch nach vollendeter Einführung der *a. pr. u.* in Geltung zu belassen[51]). Dahingegen ist die Lehre, welche das *ius paenitendi* bei der *datio ob rem* aus der Analogie des Mandats herleiten[52]) möchte, entschieden abzuweisen, weil sie der richtigen Erkenntnis des Wesens der Realobligationen hindernd in den Weg tritt.

Wahr ist dass die Gegenleistungsverabredungen bei der *datio* nicht selten gleichen Inhalt mit einem Mandat haben; beispielsweise "*ut filium emancipet*", "*seruum manumittat*", auch wol "*emat ut manumittat*", oder "*ut Stichum det*", "*monumentum faciat*", "*in meo aedificet*", "*ut Capuam eat*". Ferner, dass die *datio* selber bis annähernd auf den Betrag des Inhalts der betreffenden *a. mandati contraria* einzuschränken war, ja wenn die Kontrahenten wollten gültig auch auf noch weniger gestellt werden durfte. Es ergibt sich hieraus, dass in manchen Fällen der Hauptsache nach gleicher Erfolg durch ein Mandat und durch eine *datio ob rem* herbeigeführt werden kann, dass dann die beiden Geschäfte bei der beiden gemeinsamen Un-

[50]) Was schon nach den ausdrücklichen Worten von fr. 3 §. 2, 3, fr. 5 pr. §. 2 de cond. c. d., deren Aufnahme doch nicht wol aus einem Versehen der Kompilatoren zu erklären ist, niemals hätte bezweifelt werden sollen; vgl. Accarias Th. des C. I. 180: "*Ils ne portent aucun indice d'interpolation; et rien, je le répète, n'y laisse soupçonner soit la moindre hésitation personnelle du jurisconsulte, soit l'existence ou même la possibilité d'une controverse*"; A. Pernice Kr. Vschr. X. 118. Es werden aber auch noch mehr Pänitenzstellen im Corp. Jur. ausfindig zu machen sein; dabei fragt sich, wenn man die *c ob rem non secutam* bei positiven an eine Zeit nicht festgebundenen Gegenleistungen zuzulassen gewillt ist, wann diese Gegenleistung unmöglich geworden? wann der Empfänger förmlich *in mora* gekommen? wann derselbe zuerst hätte leisten können und dies unterlassen hat? Von der Entscheidung dieser Frage würde abhängen, ob beispielsweise fr. 7 de praescr. u. und c. 6 de cond. ob c. d. 4, 6 hier mitanzuführen sind. Vielleicht aber haben die Römer die Frage nie allgemein entschieden, da die "*condictio post paenitentiam*" in keiner Weise anders wirkte als die "*post causam non secutam*".

[51]) Vielleicht spricht viel für Verneinung, doch blieb die Kondiktion praktisch wichtig in solchen Fällen wo die Abschätzung der Gegenleistung auf Schwierigkeiten stiess; cf. fr. 7 de praescr. u. 19, 5.

[52]) S. besonders H. Witte Bereichkl. 113 f.; dem aber auch A. Pernice Kr. Vschr. X. 118 f. mehr als richtig zugibt.

abhängigkeit von der Form einander sehr ähnlich sehn mögen, und dass im konkreten Falle wol Zweifel auftauchen können, ob das eine oder ob das andere vorliegt. Diese Zweifel müssen aber jedesmal zu beseitigen sein, es kann nicht Ein Geschäft Mandat und *datio ob rem* zugleich sein, die beiden Begriffe schliessen einander aus, sogut wie Mandat und Dienstmiete: denn "*mandatum nisi gratuitum nullum est*", "*originem ex officio atque amicitia trahit*", während bei der *datio ob rem* jeder Teil ein, wenigstens nach der Auffassung der Kontrahenten, angemessenes Aequivalent für sein Leisten, *dare* oder *facere* erhalten soll. Und an den Unterschied knüpften in Rom praktische Folgen sich an: das Mandat erlischt mit dem Tode jedeines Beteiligten; die Klagen waren verschiedene, und bei Wahl derselben zu irren nicht ungefährlich.[53])

In den entscheidenden Stellen fr. 3 §. 2, 3 fr: 5 pr. — §. 2 de cond. c. d. c. n. s. zeigt Ulpian nicht den mindesten Zweifel über die Natur des Geschäfts. fr. 3 cit. ist aus dem 26. Buch des Ediktenkommentars, das gänzlich der auch noch in B. 27 hinübergreifenden Kondiktionslehre bestimmt gewesen, wogegen das Mandat nebst der Societät in B. 31 abgehandelt wird. Zudem stecken die §§. 2 und 3 so recht inmitten von Ausführungen über die Kondiktion. Minder ersichtlich ist der Inhalt von B. 2 der Disputationen, daraus fr. 5 cit. entnommen ist; das Bruchstück selber erhält sich in seiner gan-

---

53) "*Tutius esse praescriptis uerbis in factum actionem dari*" stützt sich bei Afrikan (fr. 24 de praescr. u. 19, 5) wol nur darauf, dass trotz möglichen Zweifeln diese als die unbedingt zutreffende Klage anzunehmen sein werde. Bedenklicher ist was Panlus im fr. 5 §. 4 eod. sagt:

sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis uerbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.

Hier möchte eher der Gedanke zu Grunde zu liegen scheinen: von welcher Art das Geschäft ist schwer zu entscheiden, mit der *a. mandati* zu klagen falls es schliesslich als *datio ob rem* sich entpuppen sollte nicht ungefährlich, sicherer die *a. praescr. uerbis* die auch dann durchschlagen wird wenn das Ganze in der Tat Mandat gewesen sein sollte. Und nicht zu leugnen dass diese Ausdehnung der *a. pr. u.* auf Fälle, wo eigentlich Mandat Kauf Miete vorliegt, schon aus der praktischen Rücksicht sich empfehlen mochte, dass bei dem unleugbaren Bestehn der Abgrenzungszweifel Kläger sonst leicht einmal zu kurz kommen konnte. Vgl. noch über Konkurrenzen der *a. pr. u.* mit *a. mandati* und *commod.* fr. 13 §. 2 commod. 13, 6 (Pomponius nach Celsus), und mit *a. ex uendito* fr. 50 de contr. empt. 18, 1 (Ulpianus über Labeo hinausgehend).

zen nicht unbeträchtlichen Ausdehnung auch wieder ausschliesslich auf dem Kondiktionengebiet. Zudem schliessen die von Ulpian gebrauchten Namen der Rechtsmittel,

si non facis possum condicere, aut si me paeniteat condicere possum; (fr. 3 §. 2);

inhibenda erit repetitio nisi paeniteat; quodsi praeteriit condici poterit; .... repetitionem esse; (fr. 3 §. 3);

an condici possit ...... repetitionem cessare u. s. w.

jeden Gedanken daran aus, dass der Jurist hier beabsichtigt haben könnte über Rechtsverhältnisse aus Mandaten sich auszulassen.

Nicht minder verwerflich ist die Auffassung, dass unsere Stellen zwar nicht von Mandaten sondern von wirklichen Dationen *ob rem* handelten, die Bedeutung aber welche die Geschäfte erfahren nicht sowol aus ihrer eigenen Natur als aus der Verwandtschaft gerade dieser Fälle mit dem Mandat, und namentlich die "*paenitentia*" als etwas von dem Mandatsgeschäft übertragenes zu erklären sei. Es ist dies ohngefähr ebenso stichhaltig wie, dass die einseitige Lösbarkeit der Ehe aus der Analogie der Societät, oder umgekehrt die Lösbarkeit der Societät von der Ehe herstamme. Die Ursachen der Wirksamkeit der Pänitenz bei der *datio ob rem*, und die der Zulässigkeit von Revokation und Renuntiation beim Mandat liegen vollständig gesondert[54]) von einander, und die *paenitentia* wirkt gleichmässig mag der Fall wo sie eintritt einem Mandatsfall näher oder ferner zu liegen scheinen. Man hat das Gegenteil aus fr. 58 pr. de solut. 46, 3 herzuleiten versucht: fragt sich zuvörderst ob darin von einer wirklichen *datio ob rem*[55]) gehandelt wird; und wollte man dies annehmen,

---

54) Bei dem Mandat erscheint die persönlich freundschaftliche Offiziosität als das durchschlagende Moment: Dienste ohne Entgelt zu leisten soll ich nicht gezwungen sein, sobald mir die Lust dazu vergeht; noch weniger der andere dergleichen länger anzunehmen. Bei der *datio ob rem* aber hat der Wille zwar die Möglichkeit geschaffen das *ex re data* zu Leistende durch ein anderes Etwas zu ersetzen, aber der Wille ist nicht soweit gegangen die alte Verpflichtung *ex re*, wie etwa bei der Schenkung, ganz aufzuheben, daher mit dem Verzicht auf das verabredete *aliud pro alio* die Repetition des Gegebenen wieder in ihr ursprüngliches Verhältnis zurückkehrt, und uneingeschränkt geübt werden kann.

55) "*Si quis offerenti se negotiis alienis bonafide soluerit*" so zahlt der Zahlende weniger wegen zukünftiger Gegenleistung, als um die eigene Schuld zu tilgen,

lius aequius erit" war eine alte Formel, und Plautus weiss von "*aequum et bonum*" schon in manchem Verse[18]) zu singen. Das einzige was daraus sich wirklich ergibt, dass die Entwickelung der Klagen keine durch Gesetz oder sonst irgendwie von aussen her gemachte gewesen, sondern aus dem Billigkeitsgefühl des Volks[19]) hervorgegangen ist, harmonirt gerade mit unserer Auffassung zum besten.

Diejenigen welche den Ursprung dieser Kondiktionen in spätere Zeiten setzen möchten[20]), haben nur darin Recht, dass die Abgrenzung Benennung und überhaupt Ausbildung[21]) derselben im einzelnen als Werk der klassischen Jurisprudenz anzunehmen ist. Bei Plautus wie bei Cicero kommt das Wort *condictio* gar nicht, *condicere* nicht in unserm technischen Sinne[22]) vor; es scheint also selbst die Verbreitung dieser Ausdrücke von den späteren Juristen ausgegangen zu sein. Der Anfang der theoretischen Durcharbeitung dürfte auch in keine spätere Periode als die der *ueteres*[23]) zu verlegen sein.

---

[18]) Men. IV. 2, 10; cf. Rud. II. 2, 10. — Ter. Phorm. IV. 3, 32; Heaut. IV. 1, 29; 5, 40; Ad. V. 9, 30.

[19]) Vgl. noch ad Herenn. II. 20: . . . *ex aequo et bono ius constat, quod ad ueritatem et utilitatem communem uidetur pertinere; quod genus: ut maior annis LX et cui morbus causa est cognitorem det. ex eo uel nouum ius constitui conuenit* . . . .

[20]) Vgl. Witte Bereichkl. 47, Demelius Zschr. f. R. G. II. 212 N. 47.

[21]) Worüber auch nach Accarias Théorie des contr. innom. und A. Pernices Anzeige dieses Werks, Krit. Vschr. X. 68 f., noch mancherlei aus den Quellen herauszulesen sein wird.

[22]) Ohne das Wort zu gebrauchen berüren die Sache zwei Ciceronianische Stellen (in Verr. II. 2, 53—61, pro Cluent. 66—79), welche Bestechungen von Richtern betreffen. "*Uerres ait se uelle de illis HS.* XXX. *cognoscere*, . . . *dicunt Bidini Uolcatio se dedisse*, . . . *Uolcatium uocat, pecuniam referri imperat*" (56 l. I, c.). — Im zweiten Fall ist das Geld dem Staienus übergeben, der die Bestechung zu vermitteln übernommen, "*quae pecunia simul atque ad eum delata est, homo impurissimus statim coepit in eiusmodi mente et cogitatione uersari: nihil esse suis rationibus utilius quam Oppianicum* [der das Geld gegeben] *condemnari; illo absoluto pecuniam illam aut iudicibus dispertiendam aut ipsi esse reddendam, damnato repetiturum esse neminem*" (69 l. II, c.). Wie weit das eine und das andere Mal rechtlicher Zwang zulässig gewesen, ist mit völliger Sicherheit nicht zu ersehn, zu beachten aber, worin beide Stellen mit einander übereinkommen, dass die Verpflichtung das Erhaltene zu restituiren, wenn es nicht dem gesetzten Zwecke gemäss verwendet worden, als zweifellos erscheint, und dass die *turpitudo dantis* kein Hindernis der Repetition abgibt.

[23]) Vgl. fr. 52 de cond. ind. 12, 6 (Pomp. l. XXVII. ad Q. Mucium):

Was die Formulirung anlangt, so drängt das vorher Bemerkte zu der Annahme:

1) dass alle Kondiktionen aus realen Quasikontrakten ohne Unterschied des Namens und Erfolgs mit der *ex mutuo* in eine und dieselbe Formel[24]) gepasst wurden,

2) dass dagegen ein Unterschied zu machen war, jenachdem das Objekt der Repetition eine *certa pecunia* oder irgend ein anderes *certum* gewesen (*cond. certi* — *triticaria*).

Augenscheinlich verträgt sich der zum Teil sehr elastische Erfolg der quasikontraktlichen Kondiktionen *ex re* vortrefflich mit dem was wir über die Formulirung der *c. triticaria* wissen, mit der *certi c.* dagegen viel schlechter. Dort wird die *intentio* auf ein *dari oportere* eben der Sache gestellt, die in das Vermögen oder die Gewalt des Beklagten übergegangen ist, und durch diesen Uebergang denselben verpflichtet hat; die auf eine Litisaestimation bezugnehmende Kondemnationsklausel

quanti ea re e. — *tantam pec. c.*

gibt danach dem Judex volle Freiheit, mit seinem Spruch den Regeln gerecht zu werden, welche die praktische Jurisprudenz über den Erfolg dieser Klagen aufgestellt hatte.

Ganz anders bei der *certi* (*certae pecuniae*) *condictio*, wo wir uns die Kondemnationsklausel mit der Intention kongruirend zu denken haben:

s. p. XXX dari oportere — *XXX condemna.*

"*damus aut ob causam aut ob rem* ..." So wenig zu sagen ist, dass hiemit Worte des Q. Mucius reproduzirt werden, so wahrscheinlich muss uns dünken, dass die Schrift desselben zu dieser Unterscheidung speziellen Anlass gegeben, also wol selber irgend welchen Abteilungsversuch enthalten hat.

[24]) Womit denn aber doch auch nicht mehr gesagt sein soll, als dass es eben möglich gewesen Ansprüche *ex mutuo*, *ex causa furtiua*, *ob rem d.* u. s. w. mit Einer Klage zu verfolgen, wogegen die andere Möglichkeit nach Verschiedenheit der Sachen auch unterschiedene Aktionen anzustrengen nicht in Abrede gestellt wird. Nach fr. 11 § 2, 14 § 2 de exc. r. iud. 44, 2, scheint auf dem Gebiet der *actiones in rem* die Anwendung der allgemein umfassenden Klage die Regel, die der durch Angabe der *causa* spezialisirten die Ausnahme gewesen zu sein, bei den *actiones in personam* aber das umgekehrte Verhältnis bestanden zu haben. — Im fr. 13 § 2 de iurei. 12, 2, redet Ulpian nicht sowol von der Beschränkung der *condictio* auf Eine *causa*, als von der weiteren Beschränkung einer bereits spezialisirten Kondiktion auf besondere Fälle dieser *causa*.

Bei Gefahr des *litem suam facere* durfte Judex hier nicht auf mehr noch weniger sprechen. Entweder also muss ein Unterschied des praktischen Erfolgs sich behauptet haben, je nachdem die obligirende *res* baares Geld oder etwas anderes gewesen, oder es ist den Juristen gelungen eine Verbindung der *intentio* auf eine bestimmte Geldsumme mit einer Kondemnationsklausel ähnlich der bei der *c. triticaria* oder der *a. de eo q. certo loco* in die Praxis einzuführen[25]).

Zu den nicht durchsichtigen Bildungen gehört auch die *incerti condictio*. Gewiss ist dass sie sich an die Kondiktionen, die ohne diesen Beinamen auftreten, sehr nahe anschliesst. Ueberall wo der Name vorkommt handelt es sich um Fälle, die in den Kondiktionenschematismus sehr wohl hineinpassen, wo aber die besondere Beschaffenheit des konkreten Klagobjekts verbietet die Intention auf ein *certum* zu stellen. Die häufigsten Anwendungen finden sich bei:

I. Zuvielleistungen wenn nach allgemeiner Regel die Repetition des Zuviels gerechtfertigt wäre, die gewöhnliche Formel aber zu dieser Repetition wenig geeignet erscheint, indem
   a) das Zuviel aus Impensen[26]) besteht, derentwegen Retention an der Stelle gewesen sein würde. Hier konnte die Intention eventuell auf *dari*, aber nimmer auf *certum dari* gestellt werden, es sei denn dass der Kondizent von vornherein auf Realisirung seines ganzen Anspruchs verzichtet hätte;
   b) der Leistende befugt war ein dingliches Recht an der Sache sich zu reserviren[27]);
   c) er nur verpflichtet war gegen Stellung einer Kaution[28])

---

[25]) Vgl. hiezu Beilage D.

[26]) Fr. 40 § 1 de cond. ind. 12, 6 (Marcian.): . . . *deducendam esse impensam ex fideicomisso constat et, si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit.* — Ebenso fr. 60 de leg. I. (Iulian.), nicht widersprechend fr. 33 de cond. ind. (Iul.), da das Verhältnis des Erben zum Fidekommissar ein anderes ist als das des Besitzers zum Eigentümer.

[27]) Fr. 22 § 1 de cond. ind. (12, 6): *cum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi: incerti condicam ut iter mihi concedatur.* — fr. 35 de seru. pr. u. (8, 2); fr. 8. pr. de A. E. V. (19, 1).

[28]) Fr. 5 § 1 de usufr. ear. r. (7, 5): . . . *dici potest omissam cautionem posse condici incerti condictione.* — fr. 7 pr. usufr. quemadm. (7, 9). — cf. fr. 39 de cond. ind. (12, 6); fr. 69 § 3 de leg. II.

zu leisten. Zu kondiziren ist im einen Fall (b) das dingliche Recht, im andern (c) die Kaution; letzteres mit der Formel auf *dari* ganz unvereinbar.

II. Leistungen die ganz und gar ohne genügende Kausa geschehn, und

a) in der Aufhebung einer Forderung [29]) (Acceptilation).

b) in der Bestellung einer Forderung [30]) (Promission),

c) in Einräumung des Besitzes [31]) bestehn.

d) Sind *operae indebitae* prästirt, so kann deren Aestima-

---

[29]) Fr. 4 de cond. c. d. c. n. s. (12, 4): *si quis accepto tulerit debitori suo, cum conueniret ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici: condici posse ei qui accepto sit liberatus.* Hier fehlt das *incerti;* noch abweichender scheint fr. 10 eod.: *si mulier ei cui nuptura erat, cum dotem dare uellet, pecuniam quae sibi debebatur acceptam fecit, neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur.* Denn diese *pecuniae condictio* war vermutlich keine *inc. cond.* Aber diese Entscheidung trifft auch nur da zu, wo *pecunia* und zwar *pecunia certa* Objekt der Schuld war; war dies vielmehr eine *pecunia incerta,* z. B. eine Rente, irgend ein anderes *incertum,* ging die Schuld auf ein *facere,* oder war dieselbe noch nicht fällig, so wird die Kondiktion doch auf nichts als auf Wiederherstellung der Forderung gerichtet werden dürfen, und zweifellos *incerti c.* sein.

[30]) Fr. 3 de cond. s. c. (12, 7): *qui sine causa obligantur incerti condictione consequi possunt ut liberentur* . . . . — fr. 2 § 3 de donat (39, 5): . . . *incerti condictione stipulatorem compellam ut mihi acceptam faciat stipulationem;* cf. § 4. — fr. 16 § 2 de minor. (4, 4); fr. 5 § 1 de A. E. V. (19, 1); fr. 46 pr. de i. dot. (23, 3). — fr. 1 pr. de cond. s. c. (12, 7); fr. 31 de cond. ind. (12, 6); cf. fr. 24 eod.; fr. 1. pr. ut in poss. leg. (36, 4). Diese Kondiktion der Befreiung kann sich auch wider einen andern als den Gläubiger dem versprochen worden, namentlich wider den Deleganten richten: fr. 12 de nouat. (46, 2): . . . *sed is qui delegauit tenetur condictione, uel incerti si non pecunia soluta esset, uel certi si soluta esset.* fr. 13 eod.; fr. 9 § 1 de cond. c. d. c. n. s. (12, 4); fr. 5 § 5 de doli m. exc. (44, 4).

[31]) Fr. 12 § 2 de cond. furt. 13, 1 (Ulp.): *Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, cui pignori res data sit incerti condictione acturum, si ea subrepta sit.* Die genaue Citation der Gewährsmänner weist darauf hin, dass der Satz noch zu Ulpians Zeit nicht über allem Zweifel stand. — fr. 2. de cond. trit. (13, 2): *sed et ei qui ui aliquem de fundo deiecit posse fundum condici Sabinus scribit. et ita et Celsus, sed ita si dominus sit qui deiectus condicat; ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.* — fr. 15 § 1 de cond. ind. 12, 6 (Paul.): *sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet ut uel possessio eorum reddatur; quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem.*

tion, "*quanti operas essem conducturus*" kondizirt[32]) werden; was aber nur für *operae artificiales* und auch für diese erst von Julian demnächst von Marcellus und Ulpian, gegen Widerspruch von Marcian, angenommen worden ist.

Unter I und II finden sich ausschliesslich Repetitionen von Bereicherungen ohne genügenden Grund (*sine causa* i. w. S.); die einzelnen Spezies sind dieselben denen wir auch bei der *cond. certi* und *cond. triticaria* begegnen, *indebitum solutum*, *causa d. c. n. s.*, *sine causa* i. e. S., *causa furt.*; die Natur des Objekts bedingt ein incertes Petitum an Stelle der *certae intentiones* treten zu lassen. Es ist also an sich nicht schwer zu erfinden, weder warum überhaupt man hier *condictiones*, noch warum man *incerti condictiones* zur Anwendung brachte. Die Schwierigkeiten beginnen erst sobald man auf die Abgrenzungsfrage eingeht: warum werden aus der grossen Menge der Kondiktionen im w. S. (Gai. IV. 5; § 15. I. de act. 4, 6; fr. 25 pr. de O. et A. 44, 7), von denen die auf *incertum* gehn nur diese technisch "*incerti condictiones*" genannt? und damit in Gegensatz zu den *actiones ex stipulatu ex testamento*, *bonae fidei*[33]), *praescriptis uerbis* gestellt?

Will man auf den Glauben an das Dasein eines reinen Unterscheidungsgrundes nicht Verzicht leisten, so muss man annehmen dass derselbe auch äusserlich kennbar in den Formeln dieser Klagen hervorgetreten. Was hatten diese mit

---

[32]) Fr. 26 § 12 de cond. ind. 12, 6 (Ulp.). — fr. 25 de praescr. uerb. 19, 5 (Marcian.).

[33]) Vgl. z. B. fr. 35 de seru. pr. urb. (8, 2): . . . *uel ex uendito agere potest, uel incerti condicere.* Der Gegensatz zur *a. praescr. uerbis* tritt in fr. 25 de praescr. u. (19, 5) besonders deutlich hervor. Das "*incerti condictione id est praescriptis uerbis*" in fr. 19 § 2 de precario (43, 26) wäre falls richtig ein dem sonst bezeugten Sprachgebrauch schroff entgegentretendes Unikum; aber die Richtigkeit ist um so zweifelhafter je leichter die Abhülfe. Savigny Syst. V 504 schlägt vor "*actione*" statt "*condictione*" zu lesen; vielleicht empfielt sich "*intentione*" noch mehr. Soll "*condictione*" bleiben, weil die Zulässigkeit der Kondiktion auch in diesem Falle zu rechtfertigen wäre, und ihr das fr. 14 eod. und fr. 14 § 11 de furtis 47, 2 behauptete "*quia nulla eo nomine iuris ciuilis actio esset*" nicht entgegensteht, indem diese Ausdehnung derselben sicher erst nach Einführung des Interdikts *de precario* erfunden ist, so wäre an dem "*id est*" zu bessern, und dies durch "*et*" "*item*" "*uel etiam*" oder ähnliches zu ersetzen.

den Formeln der übrigen Kondiktionen i. e. S. gemeinsames, und zugleich von den Formeln der andern Kondiktionen[34]) im w. S. abweichendes? und wann sind sie mit dieser ihrer Formulirungseigentümlichkeit in die Römische Praxis eingeführt worden?

---

34) Die Behauptung, der Name erkläre sich ausreichend einerseits aus der Uebereinstimmung der *causa* mit derjenigen der Klagen, die man sich gewöhnt hatte vorzugsweise "*condictiones*" zu nennen, andererseits aus der Unbestimmtheit des Objekts, wäre nicht sowol eine Antwort als Ablehnung der gestellten Frage. Nur nach erkannter Unmöglichkeit der Beantwortung wäre hierauf zurückzugreifen. Man hat die Eigentümlichkeit der Kondiktionsformeln darin gesucht, dass dieselben auf ein "*dari oportere*" beschränkt waren, hier ist mit "*dari*" in der Intention offenbar nicht auszukommen; dagegen scheint es, dass die Kondiktionen auf *certa pecunia* und *certa res* stets ohne Vorhängsel, *demonstratio* oder andere *uerba praescripta*, gleich mit dem "*si paret . . . oportere*" begonnen haben. Danach möchte die Formel der *incerti c.* etwa gelautet haben:

si paret Nm. Ao. [*incertum . . .*] *dare facere oportere*
quanti ea res erit t. p. Nm. Ao. c. s. n. p. a.

VI. KAPITEL.

DIE KONDIKTIONSGRÜNDE. — ENTWICKELUNGSGESCHICHTE DES RE OBLIGARI.

Wir kehren zurück zu dem ursprünglichen Anwendungsgebiet der Kondiktion; auch für dieses bleiben Zweifel. *datio — stipulatio — expensilatio* [1]): abgesehn von Ausnahmsfällen er-

[1]) Nur beiläufig interessirt uns die Frage nach dem Altersverhältnis dieser drei Ursachen eines *dari oportere*. Ich muss dabei beharren (cf. Loci Plautini de R. C. p. 24) für unnachweislich zu halten, dass zu Einer Zeit wirkliches *dari oportere* (d. h. Sakramentsprozess wegen solcher Schuld) schon bekannt gewesen, das formlose Hingeben als Rechtsgrund des *dari oportere* aber noch unbekannt geblieben sei. Die *expensi latio* halte ich für zweifellos jünger, sie ist, wie ähnliches auch anderswo geschehn, aus dem Herstellungsakt eines durchschlagenden Beweismittels zum Obligirungsakt erwachsen; nun kann aber das Bezeugende nicht wohl mehr wirken als das Bezeugte selber. Man möchte einwerfen die *expensi latio* sei ursprünglich Eintragung eines Formalakts gewesen; aber dann müsste sie als Obligirungsakt auch mit dem eingetragenen Formalakt gleiche Kraft gehabt, also unmittelbar zur Manusinjektion geführt haben, wovon nichts bekannt ist. — Die Stipulation, und insbesondere die Sponsion, war die Form, welche anfänglich der Konsensus annehmen musste, um obligirende Wirkung nach sich zu ziehen. Es scheint durchaus kein innerer Widerspruch darin zu liegen, dass zu derselben Zeit wo schon die Römer Realakte, die an und für sich greifbar sind, auch ohne besondere Form als genügende *causa obligationis* gelten liessen, sie bei dem flüchtigen Willen die Einkleidung in greifbare Formen erfordert hätten um ihm dieselbe Wirksamkeit zuzugestehn. Dass aber die Sponsion und andere die Willensübereinstimmung verkörpernde Frageakte erst nach der Einführung der persönlichen Klagen *per sacramentum* erfunden sein sollten, halte ich gleichfalls für unnachweislich. Die einseitigen Diktionen waren sehr wohl am Platz um, wie beim *nexum* und *mancipium*, wesentlich durch *res* begründeten Rechtsverhält-

zeugen die beiden letztgenannten stets eine Obligation, die bei der Expensilation vermittelt wird allemal durch *certi condictio*, bei der Stipulation je nach dem Inhalt des Versprechens durch *certi condictio — cond. triticaria — a. ex stipulatu*. Ganz anders die *datio*, die nicht blos in Ausnahmsfällen nicht obligirt; bei ihr sind es gleichberechtigte Gruppen, die Fälle die obligiren, und diejenigen die nicht obligiren. Auch ist nicht anzunehmen dass leztere ihre Kraft mit der Zeit verloren hätten, denn die Erfindung der *solutio* kann nicht von jüngerem Datum sein als die der *obligatio*.

Es ist also nicht sowol das *dare* im allgemeinen das obligirt, als vielmehr nur eine Art desselben, das *cre-dere*. Freilich erscheint dies dem neueren *dare* (*"ut res accipientis fiat"*) gegenüber auch wieder als der weitere Begriff, indem bei demselben ebenso gut die Restitution des *"idem corpus"* wie die eines *"tantundem eiusdem qualitatis"* vorgesehn sein kann. In dem weiteren Sinne ist der Ausdruck *credere*, *fidei credere* bei Plautus überaus gewöhnlich[2]). Die Pandektenjuristen brauchen *credere* bald im weiteren[3]) bald im engeren[4]) Sinne, und wechseln mit beiden Gebrauchsweisen[5]) schneller als der Deutlichkeit nütz ist.

Sollte nun anfangs jedes Kreditum i. w. S. die Kondiktion begründet haben? mit dem *"si paret"* oder *"aio te d. oportere"* auch eine kommodirte, deponirte, zum *pignus* gegebene Spezies

---

nissen bestimmte Form zu geben, sie mögen ab und zu, wie bei der *dotis dictio*, auch blossem Willen Rechtsgültigkeit zu geben benuzt sein; zum Ausdruck des *consensus* aber passten sie weit schlechter als jene, und jeder Hinweis fehlt dass dennoch diese Diktionen früher einen grösseren Abschnitt des späteren Sponsionsgebiets okkupirt hätten, oder dass die *sacramenti a. in personam* schon damals ins Leben getreten wäre, als man auch von dem in schönster Form verkörperten Konsense als ausreichendem Obligirungsgrunde noch nichts wissen wollte.

[2]) Vgl. meine Loci Plautini de R. C. 9 seq.

[3]) Fr. 1 de R. C. 12, 1 (Ulp.); fr. 2 § 3 eod. (Paul.).

[4]) Fr. 10 de R. C. 12, 1 (Ulp.); fr. 3 § 3 de S. C. Maced. 14, 6 (Ulp.); cf. fr. 6 § 6 mand. 17, 1 (Ulp.); fr. 19 § 5 ad S. C. Vell. 16, 1 (Afric.).

[5]) So z. B. Paulus im fr. 2 de R. C., vgl. § 1: "... *quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia [quae?] in genere suo functionem recipiunt per solutionem, nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio inuito creditori solui non potest*" mit § 3: "*nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur*".

zurückzufordern gewesen sein? Dafür spricht einigermassen dass dies betreffs der pignorirten Sache[6]) wenigstens geblieben ist, falls nämlich hierin nicht eine neuere Erfindung zu sehn sein sollte. Dagegen weniger die spätere beschränkte Bedeutung des *dari*, eben weil diese nach aller Wahrscheinlichkeit ein Produkt des klarer und schärfer gewordenen Rechtsbewusstseins gewesen ist; weit mehr die Einführung des *interdictum de precario*, und die Rechtfertigung derselben aus dem Fehlen einer *a. ciuilis*[7]).

Aber selbst wenn man das ganze Kreditumsgebiet als kondiktionsfähig annehmen wollte, wird damit der erste Kondiktionsgrund noch nicht erschöpft. In jedem Kreditum treffen zwei obligirende Momente zusammen, das reale des Uebergangs aus der einen Hand in die andere, und das konsensuelle der getroffenen Verabredung, der übereinstimmenden Bezugnahme auf die Fides des Empfängers. Die Verbindung beider macht das "*re contrahi*" aus. Auch bei einem Teil der realen Quasikontrakte liesse sich ein konsensuelles, oder doch einseitig voluntares Element der Obligirung nachweisen. Bei der "*datio ob rem*" liegt dies so klar, dass auch bei den Römern das Geschäft gleichsam auf dem Sprunge steht ganz Kontrakt zu werden. Bei der Zahlung gibt der Eine und nimmt der Andere in der ausschliesslichen Absicht der Schuldtilgung; darin scheint, nur nicht ausdrücklich erklärt, der Wille zu liegen dass, insofern die Absicht nicht erreicht werden könne, auch die Bereicherung unterbleiben, oder nach Umständen wieder rückgängig gemacht werden solle. Bei der "*datio ob turpem causam*" oder aus verbotenem Geschäft konzentrirt sich der Wille gleichfalls auf einen einzigen Zweck der

---

[6]) Fr. 4 § 1 de R. C. 12, 1 (Ulp.).

[7]) Fr. 14 de prec. 43, 26 (Paul.), fr. 14 § 11 de furt. 47, 2 (Ulp.). Völlig durchschlagend aber ist dies Argument auch nicht; nicht sowol weil Paulus doch selber an anderer Stelle S. R. V. 6, 10 eine *a. ciuilis* wider den Prekaristen erwähnt, die aus fr. 2 § 2, 19 § 2 de prec. zu erklären und gern späteres Ursprungs sein mag. Aber man wird bei der historischen Ausnutzung von fr. 14 cit., wie bei allen ähnlichen Notizen vorsichtig vorgehn müssen, und dürfte nicht erwarten dass Paulus sich anders ausgedrückt haben würde, wenn das Interdikt etwa eingeführt worden sein sollte um bessern Schutz zu gewähren als die Kondiktion geben mochte, oder deshalb weil der Charakter des *beneficium* und die Verwandtschaft mit der *donatio* gerade bei dem Prekarium später Zweifel an der Zulässigkeit der Kondiktion erweckt hatten.

Bereicherung, diesen improbirt das Gesetz, die gewollte Bereicherung ist rechtlich ausgeschlossen, jede andere nicht gewollt; auch hier lässt sich das Rückgängigmachen des tatsächlich eingetretenen Erfolgs also auf den Willen zurückführen. Noch leichter bei der Repetition "*ob causam finitam*".

Diese mögliche Verbindung des Willensmoments mit der obligirenden Kraft der *res* ist auch von den Römischen Juristen durchaus nicht übersehen [8]), zumal nicht beim Darlehn [9]). Diesem am nächsten steht die "*datio ob rem*", die auch wol "*contractus*" genannt wird [10]). Weniger Beachtung findet der Wille schon bei Begründung der *cond. indebiti;* freilich in dem besonderen Falle wo die mögliche Zahlung eines Indebitums ausdrücklich vorgesehn ist, "*si quis sic soluerit, ut si apparuisset esse indebitum*", wird auch noch von einem "*negotium contractum inter eos*" geredet [11]). Von einfacher *indebiti solutio* sagt Julian noch einmal, dass der Zahlende "*aliquid negotii gerit*", doch in einem Zusammenhange aus dem nicht klar wird, welches Gewicht er auf das Willensmoment legt [12]); Gajus [13]) aber gibt augenscheinlich gar nichts darauf, was

---

8) Vgl. z. B. fr. 7 de R. C. 12, 1: *omnia quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae . . .*

9) So leitet Pomponius (fr. 3 de R. C. 12, 1) die Pflicht, Sachen von gleicher Güte wie die empfangenen zu restituiren, nicht etwa aus der Natur der Res her, die wie kein kleineres so kein schlechteres Aequivalent gestatte, sondern aus dem präsumptiven Wollen der Parteien, "*nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est; id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate soluatur qua datum sit*".

10) Schon von Celsus fr. 16 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4: "*. . . id contractus genus . . .*"; so wenig derselbe übrigens einer vorgeschrittenen und dem Willensmoment grösseres Gewicht beilegenden Theorie zuzuneigen scheint. — Für die Anerkennung des Tausches als Kontrakt dürfte die unverkennbare Verwandtschaft mit dem Kauf (vgl. fr. 1, 2 de rer. perm. 19, 4) ebenso von Bedeutung gewesen sein, wie für das Trödelgeschäft die nahe Berührung mit verschiedenen der rezipirten Kontrakte, fr. 1 de aestim. 19, 3. Uebrigens vergleiche man noch fr. 9 pr. de cond. c. d. c. n. s. (Paul.).

11) Fr. 2 pr. de cond. ind. 12, 6 (Ulp.).

12) Fr. 33 de cond. ind. 12, 6.

13) III. 91 — fr. 5 § 3 de O. et A. 44, 7. Die "*quidam*" waren offenbar anderer Ansicht als Gajus, doch scheinen sie nach seiner Darstellung ihre Behauptung weniger auf analytische Betrachtung des betreffenden Vorgangs, der *indebiti solutio*, als auf das Dasein der *condictio* gegründet zu haben, die wo sie aus dem *mutuum* entsprang Willensfähigkeit forderte; und dies war

immerhin soviel beweist, dass die entgegengesetzte Auffassung, auf die Julian und andere selbständige Köpfe vielleicht verfallen sein mochten, seiner Zeit nicht die herrschende war. Fast noch über Gajus hinaus geht in Verleugnung des Willensmoments Pomponius[14]), während die kaiserlichen Institutionen[15]) hauptsächlich Gajus Worte wiederholen.

Völlig keinen Zweifel darüber, dass die *res* für sich allein ohne Hinzutritt des Willens zu obligiren vermag, lassen folgende Entscheidungen:

a) das Darlehn, das ein absolut willensunfähiger (*furiosus*) gibt, obligirt den Empfänger[16]) sobald das Geld *in rem* des Empfängers vertirt ist;

b) hat eine Numeration als Grundlage nachfolgender Stipulation stattgefunden, die Stipulation ist aus irgend welcher Ursache hinfällig, so erzeugt[17]) die Numeration für sich die Kondiktion;

c) indem jeder der beiden Beteiligten ein anderes Geschäft beabsichtigt, fehlt der Konsensus, von den Geschäften kommt keines zu Stande; sobald aber Bereicherung durch Konsumption des Empfangenen stattgefunden hat, begründet diese[18]) die Kondiktion;

d) ebenso[19]) wenn ein Irrtum betreffs der Person des andern Kontrahenten das Zustandekommen des Geschäfts ausschliesst;

e) jemand hat Geld eines andern ohne Willen desselben in die Hand bekommen, sobald er es *sine dolo malo* konsumirt, erhält jener[20]) die Kondiktion;

---

in der Tat ein schwaches Argument, da in andern Fällen dieselbe *condictio* von der Willensfähigkeit unabhängig eintrat.

[14]) Fr. 13 § 2 comm. 13, 6: . . . *plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, ueluti cum per errorem indebitum soluendi causa datur.*

[15]) § 1 I. quib. m. re contr. 3, 14; § 6 I. de obl. q. q. ex c. 3, 27.

[16]) Fr. 12 de R. C. 12, 1, fr. 24 de O. et A. 44, 7, beide von Pomponius. Ebenso für Pupillen, fr. 19 § 1 de R. C. von Julian.

[17]) Fr. 9 § 5. 7 de R. C. 12, 1 (Ulp.).

[18]) Fr. 18 de R. C. 12, 1 (Ulp.).

[19]) Fr. 32 de R. C. 12, 1 (Cels.): . . . *subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti. sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest), sed quia pecunia mea ad te peruenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

[20]) Fr. 11 § 2 de R. C. 12, 1 (Ulp.); fr. 30 pr. de A. E. V. 19, 1 (Afric.):

f) desgleichen wenn jemand die Sache des andern in die Hand bekommen, sie verkauft und durch den erhaltenen Preis sich bereichert hat: "*quasi ex re tua locupletior factus sim*"[21]), was hier aber erst nach dem körperlichen Untergang der Sache angenommen werden kann, indem dieser die Vindikation des Eigentümers und damit den eventuellen Regress wegen Eviktion wider den Verkäufer abschneidet;

g) dagegen ist die Kondiktion sofort begründet[22]), wenn mit dem fremden Gelde von dem der es in der Hand hat Eigentumserwerb gemacht wird.

In den letzten Fällen, *e—g*, kommt mit dem Willen zugleich auch die äussere Form der Dation als Voraussetzung der Kondiktion in Wegfall, daher dieselben als Brücke zur *cond. ex. c. furtiua*[23]) und mit dieser gemeinschaftlich als Grundlage solcher weitgehenden Aussprüche betrachtet werden können wie

id[24]) *quod ex iniusta causa apud aliquem sit posse condici;*

quod[25]) *alterius apud alterum sine causa deprehenditur reuocare consueuit.*

Alles zusammengenommen mag man kein Bedenken tragen die *res* der *datio* als ersten Kondiktionsgrund zu substituiren, selbstverständlich mit der auch schon für die *datio* angenommenen Beschränkung, dass nicht jede *res* die Kondiktion erzeuge, und dass die obligirenden *res* und die nicht obligirenden einander nicht als Regel und Ausnahme, sondern wie gleichberechtigte Massen gegenüberstehn.

. . . *si nummos, quos seruus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtiuos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi aduersus te competet, quasi res mea ad te sine causa peruenerit.* — cf. c. 19 de proc. 2, 13 (Diocl. et Max): . . . . *in rem autem eius id pretium processisse.*

[21]) Fr. 23 de R. C. 12, 1. Afrikan unter Bezugnahme auf Julian. Naheliegende Fälle im fr. 55 de cond. ind. 12, 6 von Papinian.

[22]) Fr. 31 §. 1 de R. C. 12, 1. Paulus der Sabinus Cassius und Julian citirt; fr. 24 §. 1 de A. E. V. 19, 1, von Julian.

[23]) Auch bei der *cond. ob turp. causam* braucht die Dation nicht von dem Kondizirenden selber auszugehn, sondern nur aus dem Vermögen desselben gemacht zu werden, fr. 4 §. 4, fr. 5 de cond. ob t. c. 12, 5 von Ulpian und von Julian.

[24]) Fr. 6 de cond. ob t. c. 12, 5. Ulpian referirt nach Sabinus einen Satz der *ueteres*, dem auch Celsus zustimmt.

[25]) Fr. 66 de cond. ind. 12, 6, Papinian.

Dies Resultat, das für die Zeit der klassischen Jurisprudenz kaum des Beweises bedürftig wäre, drängt sofort in zähere Zweifel. Wir kommen nicht umhin, ein Bild von der historischen Entwickelung der realen Kondiktionsgründe zu entwerfen, das in den einen oder in den andern von zwei Ramen passen muss. Entweder es waren ursprünglich nur einzelne bestimmte Dationsfälle welche die Kondiktion erzeugten, diese sind allmählich erweitert und gemehrt worden, man hat nach und nach von dem konkurrirenden Willen und von dem Dationsakt selber absehn gelernt; die bunte Menge der so entstandenen Einzelheiten ist schliesslich unter den Namen *res* zusammengefasst und nach Möglichkeit auf ein Prinzip zurückgeführt, und dergestalt wieder geeint worden. Oder aber, diese Kondiktionsgründe lagen von Anfang an auf einem weiteren, niemals unter den Namen der "*datio*", sondern stets nur unter den Namen "*res*" zu begreifenden Felde zerstreut, und der Gang der Entwickelung in Pausch und Bogen ist weniger als Wachstum und Mehrung zu bezeichnen, denn als der einer langsam fortschreitenden Aufhellung und Spezialisirung. Dies würde nicht ausschliessen, dass bisweilen doch einzelnes zugegeben und anderes abgetan wäre, aber die äusserlichen Gebietsänderungen würden von wenig Gewicht sein gegen das was im Innern gewirkt ist, gegen die Ausbildung fester Begriffe an Stelle verschwimmender Gefühle. Ob die Geschichte den einen oder den andern Weg gewandert ist, das wird durch einzelne Citate schwer zu entscheiden sein; beide Entwickelungsbilder müssen ausgedacht werden so gut es gehn will, welches von beiden mit dem was wir von der Entwickelung des Römischen Rechts überhaupt wissen, und mit der Menge einschlägiger Quellenzeugnisse besser zu vereinigen sein mag.

Gleichviel wo wir die Betrachtung beginnen, von allen Seiten werden wir zu demselben Ziele hingeführt. Gesetzt es habe anfänglich nur einzelne bestimmte obligirende Dationsfälle gegeben: wie kommt es dass diese ihre Konsistenz mit der Zeit verloren haben? Man kann dem älteren Recht nicht alle präzisen Begriffe absprechen, aber die einmal festgewordenen pflegen auch später an Präzision nicht einzubüssen. Ausdehnung des Rechts durch Analogieen ist den Römern sehr geläufig, aber nicht in der Weise, dass mit der Annahme

einer Analogie allen andern irgend wie ähnlichen Erweiterungen Tor und Tür geöffnet wäre, oder Vorbild und Nachbilder nunmehr allesammt in einen grossen Topf geworfen werden könnten; vielmehr scheint bei der Aufstellung von Analogieen gerade das Bewusstsein der Begrenztheit des Vorbildes sich meist noch zu befestigen. Und noch in der klassischen Periode zeichnet kein einziger Dationsfall sich aus vor den andern durch festere Abgeschlossenheit, ja die ganze Arbeit der Abgrenzung der einzelnen Kondiktionsgründe wider einander bleibt eine unfertige. Zudem fehlt jedes positive Zeugnis dafür, dass dieser oder jener Grund besonders alt, und dass andere nach dem Vorbild anderer gestaltet seien[26]; nirgends wird gesagt dass in dem Abgehn von dem Willensmomente und von der Dation eine Neuerung gelegen habe. Die *condictio furtiua* müsste danach eine der jüngsten Schöpfungen sein: man versuche das quellenmässig zu erweisen.

Ferner: wie sehr das reale Element hier durchgängig überwiegt zeigt gerade das Geschäft, bei dem die Bedeutung des voluntaren Elements am offensten zu Tage tritt, das Mutuum noch in seiner neuesten Gestalt. Die *condictio ex mutuo* geht nur gerade auf das Gegebene, auf nichts anderes, nicht auf mehr; kein Wille vermag daran zu ändern[27]. Nicht einmal die Zinsen können mithineingezogen werden. Und wenn die Schuld allerdings auch auf weniger als das Gegebene gestellt werden kann, so ist dies nur eine Anwendung davon, dass Schenkungen möglich sind; der Charakter einer *obligatio "ex re"* ist dennoch in voller Strenge aufrecht erhalten geblieben. Sehr begreiflich hiernach das Kopfbrechen das es gekostet bevor man zur Anerkennung des Satzes gelangte, dass auch

---

[26]) Während derartige Hinweise übrigens nichts weniger als selten sind: Cicero Top. 41 seq. über "*similitudines*", vorzügl. 42; Gai. III. 219; IV. 10, 22, 32, 33 . . . .; fr. 13 §. 2, fr. 19 pr. de inst. a. 14, 3; desgleichen viele andere Stellen des Corpus Juris.

[27]) Fr. 11 §. 1 de R. C. 12, 1 (Ulp.): *si tibi dedero decem sic ut nouem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam nouem. sed si dedero ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse.* Und dabei hat es auch für das Justinianische Recht sein Bewenden behalten; vgl. fr. 17 pr. de pact. 2, 14 von Paulus und c. 9 de non num. pec. 4, 30 von Diokletian.

aus andern Kontrakten geschuldetes Geld durch Vertrag in eine "*pecunia credita*"[28]) verwandelt werden könne.

Wider die Ursprünglichkeit des "*re obligari*" könnte möglicherweise angezogen werden das anscheinend späte Aufkommen des Ausdrucks und die Unfertigkeit der Theorie auch bei den letzten grossen Pandektenjuristen. Beides ist zuzugeben, zeugt aber vielmehr für das Gegenteil. Dass "*res*", Uebergang aus der einen Hand in die andere, Bereicherung den Empfänger zu einer entsprechenden Gegenleistung verpflichten müsse, ist ein ebenso natürliches, auch dem weniger entwickelten Kulturvolk zugängliches Gefühl, wie es andererseits schwierig ist, demselben einen allseits befriedigenden Ausdruck zu geben; beiläufig eine Arbeit mit der wir selber noch nicht sobald fertig zu werden hoffen dürfen. Mit dem Gefühl im nächsten Zusammenhange steht der auch für die Ausbildung anderer Rechtsinstitute bedeutungsvolle, und speziell zur Rechtfertigung der Kondiktion herangezogene Satz:

> *natura*[29]) *aequum esse, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.*

Für die Lösung der massenhaft andrängenden Einzelfragen nützt er wenig. Was ist Bereicherung? wie tief muss etwas in den Herrschaftsbereich des Empfängers gedrungen sein, damit sie anzunehmen ist? selbst das Eigentümer-Gewordensein ist mit dem "*locupletiorem factum esse*" nicht immer zu identifiziren, wie sich namentlich bei dem Pupillen und andern veräusserungsunfähigen Empfängern zeigt. Und Bereicherung kann doch nicht blos durch Uebertragung körperlicher Sachen, auch durch Bestellung von Forderungen und anderen Rechten, und wieder durch eine bessernde Behandlung schon zugehöriger körperlicher Sachen, einschliesslich der Tiere und Sklaven bewirkt werden. Nicht minder heikel ist die andere Frage: unter welchen Umständen die Bereicherung obligire? nicht die wirklich "*solutionis causa*", noch die "*donationis causa*" erfolgende; auch wol frühzeitig schon nicht mehr die wissentlich "*sine causa*" von dem Bereichernden gemachte, obgleich diese stets selten gewesen sein dürfte. So wenig wie für die

---

[28]) Die Hauptstellen: fr. 34 pr. mand. 17, 1 und fr. 15 de R. C. 12, 1 von Afrikan und von Ulpian, deren Meinungsdifferenz ebenso erklärlich wie die Entscheidung für das Justinianische Recht zweifellos ist.

[29]) Fr. 14 de cond. ind. 12, 6 (Pomp.).

Bereicherung selber war für diese obligirenden Verhältnisse ein einheitlicher Begriff und ein Name bald zu finden.

"*Res*" ist zuerst die körperliche Sache, "*res obligat*" die körperliche Sache obligirt, zunächst wol durch ihr körperliches Verhalten, den Uebergang aus der einen Hand in die andere. Aber *res* ist ein so überaus elastisches Wort, dass darunter sehr wohl auch andere als körperliche Sachen, und neben den Sachen selber auch die diese Sachen betreffenden Vorgänge, wie sie eben die Verpflichtung wirken, begriffen werden konnten. Immerhin wird einige Zeit zur Annahme dieser allgemeineren Bedeutungen erforderlich gewesen sein.

Mit dem Namen hatte man eine Anschauung der Sache bekommen, die übrigens vorerst noch Sondergut der Rechtsgelehrten blieb. Diese Anschauung aber war anfangs nichts weniger als distinkt und scharf, wie die angeschaute Sache selber denn auch noch der Gliederung ermangelte. Die Arbeit war wieder eine zweigeteilte, eine praktische und eine theoretische, beide eng in einander verhäkelt. Einmal kam es darauf an, im einzelnen zur richterlichen Kognition gelangenden Falle zu entscheiden: ist dies Bereicherung? und wieweit? und sind die Umstände solche, dass sie die Bereicherung zur obligirenden machen? Zweitens musste Gleichmass in diese Entscheidungen gebracht, sie mussten rationell zusammengeordnet, und damit der späteren Praxis vorgearbeitet werden.

Wir treffen diejenigen Juristen, von denen die Pandekten Kunde geben, beschäftigt mit diesen beiden Arbeiten. Jede Seite der Kondiktionentitel gibt Zeugnis von ihrer praktischen Tätigkeit, und von der Fortbildung des Rechts durch dieselbe. Nicht selten auch stossen die Ansichten über denselben, oder über gleiche Fälle aneinander, es entstehen Zweifel und Kontroversen, die teils dauern teils rasch beseitigt werden durch irgend welche wissenschaftliche Autorität, oder durch eine Kaiserentscheidung, die bald der einen Meinung recht gibt, bald durchschneidet zwischen[30]) beiden. Diese Arbeit war ihrer Natur nach eine endlose.

Nicht minder aber tragen ihre theoretischen Produkte den Stempel der Unfertigkeit, trotzdem, wie schon bemerkt

[30]) Wie beispielsweise das Reskript von Divus Pius zwischen den bis dahin über die Zulässigkeit der *cond. indebiti* wider Pupillen bestehenden Ansichten, fr. 5 pr. de auct. tut. 26, 8 (Ulp.) — cf. Gai. III. 91; §. 1 I. 3, 14.

ist (oben V N. 23), auch diese Art der Tätigkeit zu Q. Mucius Zeit bereits begonnen haben dürfte. Diese mangelhafte Entwickelung zeigt sich schon in der ungenügenden Erklärung, die ein so eminenter Jurist wie Julian für die Unzulässigkeit einer Kondiktion der Impensen[31]) aufstellt. Auch Papinians

ex his omnibus causis quae iure non ualuerunt, uel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione condictioni locus erit (fr. 54 de cond. ind. 12, 6).

kann sowenig als scharf abgrenzend betrachtet werden, wie aus fr. 1 de cond. s. c. 12, 4 von Ulpian eine Definition der *condictio sine causa* zu entnehmen ist. Mehrfach wird man darauf hingeführt, dass es nicht schwer gewesen sein würde, eine besondere "*condictio ob causam finitam*" eben so fest wie irgend eine der anderen Spezialkondiktionen abzuschliessen; die Juristen scheinen aber auch damit nicht zu Stande gekommen zu sein, vielmehr die "*causa finita*" gewöhnlich der ganz verschwimmenden "*sine causa*" einverleibt, stellenweis aber auch mit der "*causa non secuta*" oder der "*indebiti*" zusammengeworfen[32]) zu haben. Besonders lehrreich ist Paulus im

fr. 65 pr. de cond. ind. 12, 6: *in summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari*
aut ob transactionem,
aut ob causam,
aut propter condicionem,
aut ob rem,
aut indebitum,
in quibus omnibus quaeritur de repetitione.

Hieraus geht jedesfalls soviel hervor, dass das aus den Titelrubriken in den Pandekten zu entnehmende Kondiktionsschema

---

[31]) Fr. 33 de cond. ind. 12, 6; "*si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur, nam is qui non debitam pecuniam soluerit, hoc ipso aliquid negotii gerit*". — Dies könnte doch höchstens zur Ablehnung einer "*cond. indebiti*" genügen, während der Verwender doch wol eben nur eine *condictio* wie nach fr. 11 §. 2, fr. 23, fr. 31 §. 1 de R. C. 12, 1 gefordert hatte. Dagegen darf die Analogie von fr. 60 de leg. I von Julian und von fr. 40 §. 1 de cond. ind. (Marcian.) nicht wider fr. 33 cit. ins Feld geführt werden, da das Abweichende dieser Fälle schon durch die Worte "*quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat*" genügend hervorgehoben wird.

[32]) So z. B. fr. 2 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 (Hermog.) und fr. 2 §. 1 Ulp.), fr. 3 (Pap.) de cond. ind. 12, 6.

zu Paulus Zeit keine kanonische Geltung hatte, wie es denn auch schwer halten dürfte alle aus den Pandekten erfindlichen Fälle in demselben[33]) unterzubringen.

Alles dies zusammengenommen zwingt uns zu der Ueberzeugung, dass die Entwickelung nicht von einem festen Kerne ausgegangen ist, und nicht in dem Ansetzen von andern ähnlich abgeschlossenen Stücken an diesen bestanden hat; sondern dass von vornherein ein umfängliches und unübersichtliches, auf lebhaft empfundenen Gefühlen und unausgedachten Gedanken beruhendes Material vorhanden gewesen, und dass die spätere Arbeit wesentlich nur eine Klärung Sonderung Ordnung desselben, Herstellung von Grenzlinien nach aussen wie im innern gewesen ist.

Damit harmonirt, dass schon in den Plautinischen Stücken[34]) vielfach die zwar noch nicht recht klare und bewusste Anschauung durchbricht: dem Empfangen müsse ein Geben, der Leistung Gegenleistung folgen. Nicht minder der noch in den Digesten sehr gangbare Ausdruck "*cessat repetitio*" in Fällen, wo nach moderner Betrachtungsweise weniger von dem Aufhören, als von dem Niegewesensein der Repetition zu reden gewesen wäre. Dem älteren Römischen Rechtsgefühl

---

33) So z. B. gleich die von Paulus in §. 1 ibid. erwähnte Repetition des "*transactionis nomine datum*"; — die fr. 25 rer. amot. 25, 2, von Marcian statt der *a. rer. amot.* gegebene Kondiktion, die sicher keine *cond. furtiua* ("*qui non ex iusta causa possident*") sein soll; — eher könnte wegen der nach fr. 55 de cond. ind. von dem *dominus* wider den *praedo* anzustellenden Klage wegen *fructus* im e. S. an die *c. furtiua* gedacht werden; wogegen die Fälle, die oben e—g, angeführt worden sind, nach dem traditionellen Schema entweder gar keinen, oder nur in dem Allerweltsquartier der *sine causa* Platz finden.

34) Ausser den auf das *creditum* bezüglichen in den *Loci Plautini* enthaltenen und ausser den oben V N. 14, citirten Stellen vergleiche man vorläufig:
Asin. I. 3, 20; Epid. I. 1, 22; III. 4, 81; IV. 1, 23—24; Bacch. II. 3, 11; Pseud. I. 1, 45—6; IV. 2, 13; Poen. IV. 2, 31—2; Rud. IV. 4, 43; Trin. IV. 2, 122—40; Stich. IV. 1, 41—56.
Einzeln betrachtet verwischt sich die Bedeutung derselben, sie wollen alle nacheinander im Zusammenhang der Stücke durchlesen sein. Dann aber wird man sich dem Eindruck kaum entziehn können, dass dieselben Anschauungen überall durchgehn, und für die Entwickelung der Fabel wie für Gestaltung des Dialogs massgebend gewesen sind, so dass die Annahme eines festen Vorbilds derseblen im Römischen Verkehrsleben unabweisbar wird.

aber muss es als das Normale erschienen sein, eine Repetition *ex re* hervorgehn zu sehn; das Verbleiben des Empfangenen bei dem Empfänger ohne weitere Folge wird im Gegensatz zur Regel als "*cessare repetitionem*"[35]) erfasst.

Ein ferneres Beweisstück für die bindende Kraft der *res* in alten Zeiten ist neuerdings entdeckt, das Schema eines Fiduciavertrags (Inscr. Lat. II. p. 700 n. 5042)[36]). Waren früher die Ansichten geteilt, ob das *pactum fiduciae* innerhalb des Mancipationsgeschäfts seinen Platz gehabt oder daneben, so ist mit diesem Funde für letzteres wol definitiv entschieden[37]). Erst wird mancipirt, die "*adfines fundo*" werden namhaft gemacht, dann folgt das "*pactum conuentum*": die zur Fiducia gegebenen Stücke haften für diese Schulden, unterbleibt die vertragsmässige Zahlung derselben, so können die Pfandstücke verkauft werden unter diesen Bedingungen — hier bricht das Schema ab. Am dinglichen Rechte des Fiduciars ist damit nichts geändert, er ist Eigentümer und kann als solcher vollwirksam schalten über die Sache[38]), aber Akte, die wider das *pactum conuentum* verstiessen, würden ihn persönlich verantwortlich machen, er ist gebunden durch die *actio fiduciae*. Diese *obligatio fiduciae* aber ist erwachsen woraus? aus dem

---

35) Vgl. z. B. fr. 14 de R. C. 12, 1 (Ulp.); fr. 3 §. 3 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4, (Ulp. Procul.); fr. 5 pr. eod. (Ulp.); fr. 4 pr. §. 1 de cond. ob t. c. 12, 5 (Ulp. Sabin. Pegas.); fr. 8 eod. (Paul.); fr. 1 de cond. ind. 12, 6 (Ulp.). — Aehnlich wird "*condictio cessat*" gesagt: fr. 14 de R. C.; fr. 3 pr. de cond. c. d. c. n. s.; fr. 5 pr. eod.; fr. 26 §. 13 de cond. ind. (Ulp.); fr. 5 pr. de cond. s. c. 12, 7 (Pap.). Für "*cessare*" "*inhiberi*": fr. 3 §. 3 de cond. c. d. c. n. s. — Selbstverständlich dass "*cessare repetitionem*" auch für das Fortfallen der vorhergewesenen Kondiktion gebraucht wird: fr. 1 pr. de cond. c. d. c. n. s. (Ulp.); . . . *causa secuta repetitio cessat;* fr. 10 §. 3 de cond. furt. 13, 1 (Ulp. Cels.).

36) Dazu Degenkolb Hermes III. 290 f., Zschr. f. R. G. IX. 117 f.

37) Vgl. Degenkolb Zschr. a. a. O. 172. — Das Verdienst Iherings (Geist II. §. 46), bewährten Autoritäten gegenüber allein das Richtige herausgefunden zu haben, soll durchaus nicht geschmälert worden, doch meine ich, dass die Fiducia sowol bei *in iure cessio* wie bei *mancipatio* stattfinden konnte, hätte auch früher schon für seine Auffassung durchschlagen müssen.

38) Die Worte scheinen eine andere Auslegung, Beschränkung des dinglichen Rechts zu gestatten, wobei man sich denn auch an die krüppelhaften Fiduciarnachbildungen der Familiengewalten erinnert fühlen könnte. Dennoch halte ich eine so wesentliche Abweichung von der Regel durch diese Argumente nicht ausreichend unterstützt; ebenso Degenkolb a. a. O. 147.

pactum conuentum. Unter den Konsensualkontrakten wird dasselbe nirgends genannt; es ist eben ein *pactum adiectum*, und diese Nebenverträge allein oder sammt den bezüglichen Hauptverträgen unter den Kontrakten aufzuführen [39]), widerstrebt dem Römischen Gebrauch. Ein Nebenvertrag also; und zu welchem Hauptgeschäft gehörig? zu Mancipation und zu Injurecession gewis. [40]) Beide sind feierliche Eigentumsübertragungsakte. Man kann daher das den Nebenvertrag unterstützende Element entweder in den Feierlichkeiten oder in der Eigentumsübertragung suchen. Wir wissen dass unser *pactum conuentum* ausserhalb der Mancipation steht, dasselbe mit der Injurecession in Verbindung zu bringen scheint ganz unmöglich, vor der Addiktion ist dafür kein Platz, und nach derselben hat der Prätor mit diesen Parteien nichts mehr zu schaffen, die Rolle eines nur bezeugenden Organs kommt ihm nach Römischem Gerichtsgebrauch überall nicht zu. Bei der Stipulation freilich heisst es "*pacta in continenti adiecta inesse creduntur*", aber die Stipulation ist eben ein Akt der nur den Zweck verfolgt *pacta* Kraft zu verleihen: es war in der Tat nichts anders als eine liberale Beantwortung der Fassungsfrage, dass man die unmittelbar der Stipulation folgenden Verabredungen ebensogut in dieselbe hineinzog wie die voraufgehenden. Diese Analogie passt also nicht, und auch übrigens wird man nicht viel Beispiele finden, dass Römische Formalakte auf Draussenliegendes ihre erkräftigende Wirkung zu erstrecken vermocht hätten zumal wenn die Entfernung eine so grosse ist, wie die von der Injurecession zu diesem *pactum conuentum*; "*uti lingua nuncupassit ita ius esto*" ja, wenn das *nuncupatum* eben noch innerhalb der Grenzen des Formalakts liegt.

Dagegen strömen uns gleichsam Analogieen zu, sobald man die Kraft des *pactum conuentum* in dem Anschluss an die Eigentumsübertragung, die *res* sucht. [41]) Das *pactum fiduciae* ist hiernach nichts anderes als eine *lex dationis*, wie wir deren

---

39) So erklärt sich einigermassen warum man die *fiducia* niemals im Kontraktschema gefürt, und auch wegen der *actio praescriptis uerbis* keine Erweiterung nötig gehalten hat.

40) Ob auch zur Tradition? s. oben I. N. 27.

41) Auf diesem Punkte komme ich mit Degenkolb a. a. O. 177 f. in erhebliche Differenzen, sehe aber mit Vergnügen, dass er selber von seinem Ausgangspunkte nur zu Zweifeln gelangt.

auch sonst vielen im älteren Römischen Rechte[42]) begegnen. Und dass die *fiducia* und die *a. fiduciae* zu den älteren wenn auch vielleicht nicht zwölftafelmässigen Rechtsbildungen gehört, wird auch schwer zu widerlegen sein.

Schliesslich sind noch die aus der *datio ob rem*[43]) hervorgehenden Rechtsverhältnisse etwas näher in Betracht zu ziehn. Die *res* an sich, Hingabe Bereicherung, verpflichtet unwandelbar zu nichts als zur Rückgabe eben des Empfangenen, erst durch das Eingreifen des Willens wird die Möglichkeit geschaffen *aliud pro alio* zurückzuleisten[44]) und damit die erwachsene Obligation zu lösen (*soluere*). Das neue *aliud* ist nur "*in solutione*" nicht "*in obligatione*", das alte (empfangene) *aliud* bleibt "*in obligatione*"; der Empfänger kann noch immer damit zahlen, der Geber es fordern[45]). So sehn wir den Fall in den Bacchiden von Plautus (oben S. 104) gestaltet, das Mädchen hat Geld genommen um es abzuverdienen, dabei steht es in ihrer Hand durch Rückzahlung des Geldes sich wieder freizumachen, nur falls sie dies nicht kann, ist sie an die andere Leistung gebunden. Hätte der Geber nicht bis zur erfolgten Gegenleistung die Repetition des von ihm Gegebenen, so wäre er einstweilen völlig schutzlos; als ob wer einen *solutionis causa* bestellt hätte damit der eigenen Klage verlustig ginge. Mit der Repetition schneidet er die Möglichkeit der andern Gegenleistung ab, wie der Gläubiger mit Klage die Zahlung an den *solutionis causa adiectus*. Die Repetition ist keine Klage "*ex paenitentia*" sondern eine Klage "*ex re*", durch die *paenitentia* ist nur die der direkten Wirksamkeit der *res* zeitweilig entgegenstellte Verabredung einer anderen Gegenleistung einseitig zerrissen.

---

42) Vgl. auch A. Pernice Krit. Vschr. X. 55 f. über die ersten Anwendungen der *a. praescriptis uerbis*.

43) In dem weitern Sinne in dem Paulus fr. 5 pr. de praescr. u. 20, 5, den Ausdruck gebraucht "*qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias*".

44) Analog Marcians fr. 25 de praescr. u. 19, 5: "*aliud dando ut aliud reddatur obligari iure gentium possumus; quod autem indebitum datur aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere*". Die *indebiti condictio* erscheint hier als Repräsentantin der reinen Realaktionen, unter denen die eine wenig biegsamer war als die übrigen.

45) Ein Verhältnis das der Stellung eines *solutionis causa adiectus* einigermassen ähnlich ist.

Die einseitige Aufhebung geschlossener Verträge, auch zweiseitiger, ist nichts im Römischen Recht unerhörtes: unter Umständen ist sie bei der *locatio conductio* zulässig, unbedingt jedem Teil gestattet bei Mandat, Societät, Verlöbnis, Ehe.

Von der Kondiktion des Gegebenen "*propter paenitentiam*" ist die "*propter rem non secutam*" wol zu scheiden; bei jener ist es der Wille des Gebers, bei dieser die mit oder ohne Schuld des Empfängers eingetretene Unmöglichkeit der verabredeten Gegenleistung, welche die Verabredung aufhebt. Ist die verabredete Gegenleistung eine solche, die nur gleich oder gar nicht vorgenommen werden kann, so ist kein Raum zum *paenitere;* anderesfalls ist, wie gesagt, die Repetition "*post paenitentiam*" das einzige Mittel des Gebers überhaupt eine Leistung des säumenden Empfängers zu erzwingen.

Schritt vor Schritt, erst in einzelnen dann in immer mehren[46]) Fällen, (Paulus noch weigert sie, fr. 5 §. 3 de praescr. u. 19, 5 beim "*facio ut des*", während Ulpian fr. 15 eod. sie hier, auch nicht ohne Bedenken, zulässt) erhält der Geber eine Klage die verabredete Gegenleistung selber, das *aliud pro alio* zu erzwingen. Ueberall wo die neue Klage Boden gefasst hatte war die Repetition "*propter paenitentiam*" sowie "*propter rem non secutam*" zum Schutz des Gebers nicht mehr unentbehrlich. Dass man gleichwol mit Aufhebung derselben sich nicht übereilte, erklärt sich vollständig aus der Art des Eindringens und der Verbreitung des neuen Rechtsmittels, das jeden einzelnen Fall sich gleichsam erst erobern musste, man durfte den alten Schutz nicht aufgeben bevor man des neuen gewis geworden war.

Dagegen wurden die in der Repetition liegenden Härten, nach Massgabe der bei andern Kontrakten entwickelten Regeln, abgebrochen. Aber auch nur allmählich und nicht ohne Widerstreit. Es wird in Erwägung genommen, wer den Zufall zu tragen habe[47]), und was der Empfänger für Vor-

---

[46]) Vgl. A. Pernice a. a. O. 93 f.

[47]) Die ganze Steifheit der älteren Auffassung bei Celsus fr. 66 de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, der aber doch auch der Zweifel nicht ganz baar ist "*in quod procliuior sum*". *ob rem datum re non secuta* muss zum Geber zurückkehren, ist der Gedanke der bei ihm durchschlägt. — Allgemeine Proculianische Theorie scheint das aber nicht gewesen zu sein, da Proculus selber in einem naheliegenden Fall nach fr. 3 §. 3 de cond. c. d. anders entschie-

bereitungshandlungen der verabredeten Gegenleistung[48]) zu fordern berechtigt sein solle. Damit wird die Kondiktion in ihrem Erfolge der *a. praescr. uerbis* nahe gerückt, wie denn auch bei dieser die Römischen Juristen einige Neigung verraten zur Schätzung der Kondiktion[49]) zurückzugreifen.

---

den hat. Dass später die Analogie des Kaufes durchdrang, daran kann schon nach fr. 5 §. 1 de praescr. u. 19, 5 (Paul.) c. 10 de cond. ob c. d. 4, 6 (Diocl.), cf. fr. 3 §. 3, 4, fr. 5 §. 4 de cond. c. d. (Paul.) kein Zweifel sein.

Beiläufig mag bemerkt werden, dass gerade unsere *datio ob rem* Anlass gibt die Billigkeit, ja selbst die Konsequenz der neuesten Römischen Ansichten über Tragung der Gefahr in Zweife zu ziehn. Man denke an ein Geschäft wie das fr. 5 §. 2 de cond. c. d. erwähnte: "*si quis X dederit Titio ut seruum emat et manumittat*", nach Hingabe der 10, aber vor dem Verkauf ist der Sklave gestorben. Lässt man den Geber der 10 den Schaden tragen, wenigstens falls der Empfänger nichts versäumt hat und noch gar nicht in der Lage gewesen ist den Kauf abzuschliessen (cf. fr. 3 §. 3 eod.), so bereichert sich der Empfänger, den gar kein Schaden trifft, augenscheinlich auf Kosten des Gebers, im schneidenden Widerspruch zu dem "*iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem*". Verpflichtet man aber den Empfänger unbedingt zur Restitution der erhaltenen 10, so wird das mit der Entscheidung von fr. 3 §. 3, 4 cit. kaum zu reimen sein, da diese Stellen anscheinend nicht blos von der Manumission eigner Sklaven reden. Und selbst dieses angenommen, könnte nicht wer seinen vom Dritten erschlagenen Sklaven *ex l. Aquilia* schon reichlich bezahlt erhalten hat, den Manumissionspreis einbehalten oder auch einklagen? und würde dies weniger wider das "*iure naturae aequum*" verstossen?

48) Ueberaus lehrreich ist fr. 5 pr. de cond. c. d. 12, 4 (Paul.): "*si pecuniam ideo acceperis ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis uel ualetudinis impedimento fuerit quominus proficiscereris, an condici possit uidendum*". Dies die Frage.
"*et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare*". Eine Antwort die auf der Analogie der Dienstmiete fusst.
"*sed cum liceat paenitere ei qui dedit*, (er kann einseitig die Verabredung aufheben) *procul dubio repetetur id quod datum est*"; denn nach dieser Aufhebung wirkt wieder die *res* ausschliesslich.
Aber nun kommt die Milderung "*nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam*", was dann im folgenden sorgfältigst ausgeführt wird. Vgl. dazu die Entscheidung des §. 2 und besonders §. 3 "*si propter hoc non distraxit*".

49) So kommt Paulus im fr. 5 pr. §. 5 de praescr. u. 19, 5, "*naturalis meus filius seruit tibi et tuus filius mihi; conuenit inter nos ut et tu meum manumitteres et ego tuum; ego manumisi tu non manumisisti*" für die *a. praescr. uerbis* (§. 4 "*sed tutius erit pr. u. dari a.*") zu dem Ergebnis "*ut eius fiat condemnatio quanti interest mea seruum habere quem manumisi*", d. h. auf den Betrag nicht der Leistung die ich zu fordern, sondern derjenigen die ich gemacht habe.

Für uns sind die Fragen von geringem Belang, ob die Repetition in Folge von Pänitenz als Institut des Justinanischen Rechts[50]) anzuerkennen ist, und ob es zweckmässig gewesen die *condictio c. d. c. n. s.* auch nach vollendeter Einführung der *a. pr. u.* in Geltung zu belassen[51]). Dahingegen ist die Lehre, welche das *ius paenitendi* bei der *datio ob rem* aus der Analogie des Mandats herleiten[52]) möchte, entschieden abzuweisen, weil sie der richtigen Erkenntnis des Wesens der Realobligationen hindernd in den Weg tritt.

Wahr ist dass die Gegenleistungsverabredungen bei der *datio* nicht selten gleichen Inhalt mit einem Mandat haben; beispielsweise "*ut filium emancipet*", "*seruum manumittat*", auch wol "*emat ut manumittat*", oder "*ut Stichum det*", "*monumentum faciat*", "*in meo aedificet*", "*ut Capuam eat*". Ferner, dass die *datio* selber bis annähernd auf den Betrag des Inhalts der betreffenden *a. mandati contraria* einzuschränken war, ja wenn die Kontrahenten wollten gültig auch auf noch weniger gestellt werden durfte. Es ergibt sich hieraus, dass in manchen Fällen der Hauptsache nach gleicher Erfolg durch ein Mandat und durch eine *datio ob rem* herbeigeführt werden kann, dass dann die beiden Geschäfte bei der beiden gemeinsamen Un-

---

50) Was schon nach den ausdrücklichen Worten von fr. 3 §. 2, 3, fr. 5 pr. §. 2 de cond. c. d., deren Aufnahme doch nicht wol aus einem Versehen der Kompilatoren zu erklären ist, niemals hätte bezweifelt werden sollen; vgl. Accarias Th. des C. I. 180: "*Ils ne portent aucun indice d'interpolation; et rien, je le répète, n'y laisse soupçonner soit la moindre hésitation personnelle du jurisconsulte, soit l'existence ou même la possibilité d'une controverse*"; A. Pernice Kr. Vschr. X. 118. Es werden aber auch noch mehr Pänitenzstellen im Corp. Jur. ausfindig zu machen sein; dabei fragt sich, wenn man die *c ob rem non secutam* bei positiven an eine Zeit nicht festgebundenen Gegenleistungen zuzulassen gewillt ist, wann diese Gegenleistung unmöglich geworden? wann der Empfänger förmlich *in mora* gekommen? wann derselbe zuerst hätte leisten können und dies unterlassen hat? Von der Entscheidung dieser Frage würde abhängen, ob beispielsweise fr. 7 de praescr. u. und c. 6 de cond. ob c. d. 4, 6 hier mitanzuführen sind. Vielleicht aber haben die Römer die Frage nie allgemein entschieden, da die "*condictio post paenitentiam*" in keiner Weise anders wirkte als die "*post causam non secutam*".

51) Vielleicht spricht viel für Verneinung, doch blieb die Kondiktion praktisch wichtig in solchen Fällen wo die Abschätzung der Gegenleistung auf Schwierigkeiten stiess; cf. fr. 7 de praescr. u. 19, 5.

52) S. besonders H. Witte Bereichkl. 113 f.; dem aber auch A. Pernice Kr. Vschr. X. 118 f. mehr als richtig zugibt.

abhängigkeit von der Form einander sehr ähnlich sehn mögen, und dass im konkreten Falle wol Zweifel auftauchen können, ob das eine oder ob das andere vorliegt. Diese Zweifel müssen aber jedesmal zu beseitigen sein, es kann nicht Ein Geschäft Mandat und *datio ob rem* zugleich sein, die beiden Begriffe schliessen einander aus, sogut wie Mandat und Dienstmiete: denn "*mandatum nisi gratuitum nullum est*", "*originem ex officio atque amicitia trahit*", während bei der *datio ob rem* jeder Teil ein, wenigstens nach der Auffassung der Kontrahenten, angemessenes Aequivalent für sein Leisten, *dare* oder *facere* erhalten soll. Und an den Unterschied knüpften in Rom praktische Folgen sich an: das Mandat erlischt mit dem Tode jedeines Beteiligten; die Klagen waren verschiedene, und bei Wahl derselben zu irren nicht ungefährlich.[53])

In den entscheidenden Stellen fr. 3 §. 2, 3 fr: 5 pr. — §. 2 de cond. c. d. c. n. s. zeigt Ulpian nicht den mindesten Zweifel über die Natur des Geschäfts. fr. 3 cit. ist aus dem 26. Buch des Ediktenkommentars, das gänzlich der auch noch in B. 27 hinübergreifenden Kondiktionslehre bestimmt gewesen, wogegen das Mandat nebst der Societät in B. 31 abgehandelt wird. Zudem stecken die §§. 2 und 3 so recht inmitten von Ausführungen über die Kondiktion. Minder ersichtlich ist der Inhalt von B. 2 der Disputationen, daraus fr. 5 cit. entnommen ist; das Bruchstück selber erhält sich in seiner gan-

53) "*Tutius esse praescriptis uerbis in factum actionem dari*" stützt sich bei Afrikan (fr. 24 de praescr. u. 19, 5) wol nur darauf, dass trotz möglichen Zweifeln diese als die unbedingt zutreffende Klage anzunehmen sein werde. Bedenklicher ist was Panlus im fr. 5 §. 4 eod. sagt:

> *sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis uerbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.*

Hier möchte eher der Gedanke zu Grunde zu liegen scheinen: von welcher Art das Geschäft ist schwer zu entscheiden, mit der *a. mandati* zu klagen falls es schliesslich als *datio ob rem* sich entpuppen sollte nicht ungefährlich, sicherer die *a. praescr. uerbis* die auch dann durchschlagen wird wenn das Ganze in der Tat Mandat gewesen sein sollte. Und nicht zu leugnen dass diese Ausdehnung der *a. pr. u.* auf Fälle, wo eigentlich Mandat Kauf Miete vorliegt, schon aus der praktischen Rücksicht sich empfehlen mochte, dass bei dem unleugbaren Bestehn der Abgrenzungszweifel Kläger sonst leicht einmal zu kurz kommen konnte. Vgl. noch über Konkurrenzen der *a. pr. u.* mit *a. mandati* und *commod.* fr. 13 §. 2 commod. 13, 6 (Pomponius nach Celsus), und mit *a. ex uendito* fr. 50 de contr. empt. 18, 1 (Ulpianus über Labeo hinausgehend).

zen nicht unbeträchtlichen Ausdehnung auch wieder ausschliesslich auf dem Kondiktionengebiet. Zudem schliessen die von Ulpian gebrauchten Namen der Rechtsmittel,

si non facis possum condicere, aut si me paeniteat condicere possum; (fr. 3 §. 2);

inhibenda erit repetitio nisi paeniteat; quodsi praeteriit condici poterit; ....repetitionem esse; (fr. 3 §. 3);

an condici possit......repetitionem cessare u. s. w.

jeden Gedanken daran aus, dass der Jurist hier beabsichtigt haben könnte über Rechtsverhältnisse aus Mandaten sich auszulassen.

Nicht minder verwerflich ist die Auffassung, dass unsere Stellen zwar nicht von Mandaten sondern von wirklichen Dationen *ob rem* handelten, die Bedeutung aber welche die Geschäfte erfahren nicht sowol aus ihrer eigenen Natur als aus der Verwandtschaft gerade dieser Fälle mit dem Mandat, und namentlich die "*paenitentia*" als etwas von dem Mandatsgeschäft übertragenes zu erklären sei. Es ist dies ohngefähr ebenso stichhaltig wie, dass die einseitige Lösbarkeit der Ehe aus der Analogie der Societät, oder umgekehrt die Lösbarkeit der Societät von der Ehe herstamme. Die Ursachen der Wirksamkeit der Pänitenz bei der *datio ob rem*, und die der Zulässigkeit von Revokation und Renuntiation beim Mandat liegen vollständig gesondert[54]) von einander, und die *paenitentia* wirkt gleichmässig mag der Fall wo sie eintritt einem Mandatsfall näher oder ferner zu liegen scheinen. Man hat das Gegenteil aus fr. 58 pr. de solut. 46, 3 herzuleiten versucht: fragt sich zuvörderst ob darin von einer wirklichen *datio ob rem*[55]) gehandelt wird; und wollte man dies annehmen,

---

54) Bei dem Mandat erscheint die persönlich freundschaftliche Offiziosität als das durchschlagende Moment: Dienste ohne Entgelt zu leisten soll ich nicht gezwungen sein, sobald mir die Lust dazu vergeht; noch weniger der andere dergleichen länger anzunehmen. Bei der *datio ob rem* aber hat der Wille zwar die Möglichkeit geschaffen das *ex re data* zu Leistende durch ein anderes Etwas zu ersetzen, aber der Wille ist nicht soweit gegangen die alte Verpflichtung *ex re*, wie etwa bei der Schenkung, ganz aufzuheben, daher mit dem Verzicht auf das verabredete *aliud pro alio* die Repetition des Gegebenen wieder in ihr ursprüngliches Verhältnis zurückkehrt, und uneingeschränkt geübt werden kann.

55) "*Si quis offerenti se negotiis alienis bonafide soluerit*" so zahlt der Zahlende weniger wegen zukünftiger Gegenleistung, als um die eigene Schuld zu tilgen,

so spricht doch Julian hier gar nicht von der Pänitenz[56]), und eben darum auch nicht wider deren Zulässigkeit. Zudem steht der hier traktirte Fall dem Mandate eben so nahe[57]) wie nur irgend ein anderer, so dass die gegnerische Theorie (eben dieser Mandatsähnlichkeit wegen) konsequenterweise auch wieder die Wirksamkeit der Pänitenz verteidigen müsste.

Auch fr. 8 de cond. c. d. c. n. s. und fr. 7 §. 3 de iure dot. 23, 3, beide Irrevokabilität einer gegebenen Dos vor dem Zustandekommen der Ehe unter bestimmten Voraussetzungen anerkennend, sind herangezogen. Nun ist aber zunächst soviel klar, dass *datio* damit Geber Gegenleistung empfange, und *datio* damit das Gegebene *dos* sei, zwei wesentlich und ihrer innern Natur nach verschiedene Geschäfte sind, sollten auch die Römer spät erst oder gar nie dahin durchgedrungen sein, sie klarbewusst auseinanderzulegen. Praktische Verschiedenheiten in der Behandlung des einen und des andern Geschäfts können daher durchaus nicht auffällig scheinen. Doch sehn wir die beiden Stellen etwas genauer an. Neraz in fr. 8 cit. spricht davon, dass zwei Personen, von denen eine das gesetzliche Alter noch nicht erreicht hat, sich ehelich zusammengetan haben "*nuptiae factae sint*", und auch eine Dos

---

nicht "*ob rem futuram*" sondern "*soluendi animo*", und die fragliche *condictio* könnte nur "*indebiti soluti*" sein. Dies scheint zweifellos für den Fall wo gezahlt ist "*ut statim debitor liberetur*", dennoch dürfte die Entscheidung von Paulus (nach Julian?) fr. 14 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4: "*non quasi indebitum repetetur, sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit rati habitione non intercedente*" hierauf mitzubeziehen sein. Unbedenklich ist Ulpians Entscheidung fr. 14 pr. de solut. 46, 3.

56) Fr. cit.: ". . . *idem ait, antequam dominus haberet ratum, an condici ex ea causa possit?*" Aber "*ex ea causa*" das heisst doch "*quod dominus ratum non habuisset*", soviel wie "*propter causam non secutam*"; diese "*causa non secuta*" tritt je nach den Details der Verabredung bald früher bald später ein, und hievon allein handelt Ulpians Referat. "*priore casu confestim posse condici procuratori, et tunc demum exstingui condictionem, cum dominus ratum habuisset; posteriore tum demum nasci condictionem, cum dominus ratum non habuisset*" bezieht sich alles ersichtlich nur auf die *condictio c. d. c. n. s.* der Möglichkeit der *paenitentia* und der *condictio propter paenitentiam* geschieht in dieser Stelle keine Erwähnung, es wird aber auch nichts angeführt was wider die Möglichkeit spräche.

57) Denn was verböte den *negotiorum gestor* des Gläubigers zugleich als Mandatar des zahlenden Schuldners zu betrachten? vgl. fr. 12 §. 10 mand. 17, 1 (Ulp.) fr. 17 de solut. 46, 3 Pomp.).

bestellt worden ist. Setzen beide dies Verhältnis fort bis der zu junge Teil die gesetzliche Schranke überschreitet, so wird bekanntlich ohne weiteres wirkliche Ehe daraus. Nun soll die *dos* bevor dies geschehen jeden Augenblick repetirt werden können, aber nur "*si diuortium intercesserit*", nicht "*donec in eodem habitu matrimonii permanent*". Damit ist nicht die Wirksamkeit der *paenitentia*, sondern nur das tatsächliche Zustandekommen einer solchen Pänitenz für den Fall geleugnet, wo das übrige Verhalten der Beteiligten dem direkt widerspricht. Ebenso[58]) sollen erst "*nuntio remisso*" die unter Brautleuten zur Dos gegebenen Stücke zurückgeholt werden. Die Entscheidung selber, dass die Quasidos nicht zurückgefordert werden sollte, solange man doch auf die zukünftige Ehe und nach Umständen auf den Vorgenuss derselben zugleich Verzicht zu leisten nicht gewillt war, wird einer Erklärung oder Rechtfertigung nicht weiter bedürfen.

Nehmen wir nach alledem die *res* an als alten Kondiktionsgrund, von dem die *datio* auch anfänglich nur eine Spezies gewesen, so werden überhaupt drei im Rechtsgefühl der Römer alter Zeit belegene Entstehungsgründe von Aktionen anzuerkennen sein: die Verletzung, der Wille, die Bereicherung (*res*). Alle drei sind von den Römern in verschiedener, jeder, wie uns scheinen will, in gerade seiner Natur wohl angemessener Weise entwickelt worden. Bei allen Dreien war die Notwendigkeit einer Einschränkung der obligirenden Kraft frühzeitig erkannt; demnächst wurde für die Durchführung dieser Einschränkungen bei jedem ein anderer Weg eingeschlagen. Die Verletzung des A. durch den N. obligirt den N. dem A., doch nicht jede Verletzung; welche obligirt welche nicht obligirt ist, von staatswegen durch Gesetz geordnet. Nur die in diese Gesetze fallende Verletzung ist Delikt und gibt Klage, was draussen liegt kann privatrechtlich nicht geahndet werden. Uebrigens waren frühzeitig die gesetzlichen Grenz-

---

[58]) Zum richtigen Verständnis beider Stellen mag noch bemerkt werden, dass betreffs der unter Brautleuten gegebenen Dos beide Male ausdrücklich gesagt wird, dieselbe sei von der Sponsa bestellt (fr. 8 cit.: "*quod sponsa sponso dotis nomine dederit*", fr. 7 §. 3 cit.: "*si quidem sic dedit mulier*"), daher auch bei der Kinderehe an ein gleiches Verhältnis und zunächst nicht an die Bestellung seitens eines Dritten zu denken sein dürfte.

bestimmungen der verfolgbaren Verletzungen wenig eng gezogen, so dass wenn auch einzelne Erweiterungen später noch sich als unerlässlich herausstellen mochten, im Ganzen doch die Tendenz der späteren Rechtsentwickelung eher auf Beschränkung der Obligationen aus Verletzung geht. — Ebenso obligirt nicht jeder Wille oder Konsensus. Die Grenzen aber werden hier nicht von staatswegen gezogen, vielmehr ist es in die Hand der Beteiligten gelegt, ob der Wille rechtsverbindlich sein soll ob nicht. Kleiden sie den Willen in die sei es durch Gesetz sei es durch altbekanntes Herkommen festgestellten Formen, so ist an der Wirksamkeit kein Zweifel, ohne jene gilt der Wille anfänglich als etwas rechtlich nicht vorhandenes. — Wieder anders stellt man sich zur Bereicherung. Nicht gesetzlich werden die obligirenden und nichtobligirenden Bereicherungsfälle unterschieden, auch fordert man nicht dass der Bereicherung, richtiger dem bereichernden Ereignis, bestimmte Form gegeben werde um verpflichtend zu wirken. Die Abgrenzung wird hier auf das von der Marktöffentlichkeit kontrollirte *officium iudicis* übertragen; "*dari oportere*" zu klagen bleibt jedem freigestellt der glaubt eine verpflichtende *res* für sich anführen zu können, vermag er aber nicht den Judex von der Richtigkeit seiner Auffassung zu überzeugen, so treffen ihn die Nachteile des prozessualischen Unterliegens.

VII. KAPITEL.

KONKURRENZVERHÄLTNISSE DER KONDIKTION. DIE KONDIKTIONEN IM WEITEREN SINNE.

Res uerba literae, falls sie wirklich einst die einzigen Kondiktionsgründe gewesen, sind dies nicht geblieben. Wenigstens zwei andere müssen daneben zugelassen sein: testamentarische [1]) Verordnungen, und Vorgänge die kraft einer speziellen gesetzlichen Vorschrift [2]) obligirend wirkten. Aber auch eine noch weitere Ausdehnung des Ausdrucks wird unleugbar:

> § 15 I. de act. 4, 6: *appellamus . . . . in personam uero actiones, quibus dare facere oportere intendimus, condictiones.*

Jeden etwaigen Zweifel an der Klassizität dieses Sprachgebrauchs beseitigen Gajus IV, 5, — 18, — 33, und Ulpian fr. 25 pr. de O. et A. 44, 7. Ebenso unzweifelhaft aber sind die Zeugnisse eines andern die Bedeutung des Wortes einschränkenden Sprachgebrauchs [3]), so dass man ohne alles Bedenken zu der Annahme gelangt, "*condictio*" sei, wie mancher andere

---

[1]) Fr. 9 § 1 de R. C. 12, 1 (Ulp.): *competit haec actio [certi condictio] etiam ex legati causa.* cf. Gai. II. 204.

[2]) Fr. 1 de cond. ex lege 13, 2 (Paul.). Zweifelloses Beispiel fr. 9 § 1 de R. C.: . . . *ex lege Aquilia.*

[3]) Denn in einer Reihe von Stellen werden die mit dem Namen *condictio* bezeichneten Rechtsmittel anderen *actiones in pers.* in der unzweideutigsten Weise gegenübergestellt. So z. B. fr. 35 de S. P. V. 8, 2 (Marcian.); fr. 28 § 4 de iureiur. 12, 2 (Paul.); fr. 9 de cond. ob t. c. 12, 5 (Paul.); fr. 2 de cond. s. c. 12, 7 (Ulp. Cass.); fr. 16 de cond. furt. 13, 1 (Pomp.); fr. 14 commod. 13, 6 (Ulp.); fr. 13 § 1 depos. 16, 3 (Paul.); fr. 11 § 6 de A. E. V. 19, 1 Ulp.); fr. 5 de tut. et rat. d. 27, 3 (Ulp.); fr. 5 de exc. r. iud. 44, 2 (Ulp.).

technische Ausdruck, von der Römischen Jurisprudenz, auch zur Zeit ihrer höchsten Blüte in doppeltem Sinne gebraucht worden.

Zunächst muss die Abgrenzung der engeren Bedeutung versucht werden. Die Hauptstelle, um deren Interpretation die Frage sich bewegt, ist das vielbesprochene

> fr. 9 pr. de R. C. 12, 1 (Ulp.): *certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur; siue ex certo contractu petatur siue ex incerto. licet enim nobis ex omni contractu condicere, dummodo praesens sit obligatio; etc.*

Die Meinungen hierüber gehen weit auseinander. Herausgelesen hat man[4]), was mit den Worten wohl zu vereinen ist, dass die *cond. certi* mit jeder andern *a. in personam* elektiv konkurrirte, sobald die Forderung ihrem Gehalte nach auf Geld gerichtet, und der Kläger bereit war die Gefahr des *certum* auf sich zu nehmen; das ist in die spätere klassische Zeit verlegt, und darin eine Annäherung der *bonae fidei* und *str. i. iudicia* gesehn worden. Gegen diese Zeitbestimmung ist schon Widerspruch erhoben[5]), wegen der Bezugnahme auf Julian im fr. 17 § 2 rer. amot. 25, 2 (Ulpian.). Aber man müsste noch ein gut Stück weiter gehn: hat das angeführte Wahlrecht der Kläger überhaupt je in diesem Umfange bestanden, so hat es auch zu Ciceros Zeit schon ebenso bestanden; denn seine Auslassungen in der Rede pro Q. Roscio[6]) müssen un-

---

[4]) Keller Civ. Pr. § 88 zu N. 1107. Im direkten Gegensatz hiezu Savigny (Syst. V. Beil. 14), der glaubt aus den für die weitere Umgrenzung des Kondiktionenbegriffs angeführten Gajusstellen die Ausschliessung der *b. f. actiones* von dem Kondiktionengebiet herauslesen (S. 591), und die Ausdrücke von Ulpian und Justinian aber als minderes Lobes würdig bezeichnen zu dürfen (S. 592—3), und zugleich bestrebt ist, mit einer für Unbeweisbares mustergültigen Beweisführung, darzutun dass überall die *condictio* als Ersatz anstatt der verlorenen Vindikation eintrete (S. 515, und durchgehend), und die Stipulation nichts anderes sei als Fiktion eines Darlehns (S. 532 f.).

[5]) A. Pernice Kr. Vschr. X. 110.

[6]) § 10: "*Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem, in qua legitimae partis sponsio facta est. hic tu si amplius HS. nummo petisti quam tibi debitum est, causam perdidisti; propterea quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium.*" Also offenbar findet hier eine *condictio certi* statt, deren zutreffende Schilderung noch in § 10 hinübergeht. "*quid est in iudicio? directum asperum simplex: si paret HS. IↃↃↃ. dari . .*" Dann aber fährt § 12 fort: "*quae cum ita sint, quaero abs te quid ita de hac pecunia de his ipsis HS. IↃↃↃ*

befangen gedeutet als Zeugnis gelten für das Dasein ganz desselben Zustandes, auf den Ulpian im fr. 9 cit. hinweist. Die Schwierigkeiten[7]) aber, welche durch Versetzung der fraglichen Einrichtung in relativ späte Zeit umschifft werden sollen, sind also nicht zu beseitigen, und sie bestehen auch für das Justinianische Recht mit ungeminderter Sprödigkeit fort.

Keller gegenüber behaupte ich, dass stets der Kläger auch wenn er die Gefahr des *certum* zu übernehmen bereit gewesen, nicht unbedingt sondern nur bedingt freie Wahl der Klage gehabt, und dass namentlich wenn er von der *condictio* Gebrauch zu machen beabsichtigt, er dies nur unter ganz bestimmten an die Begründung des einzuklagenden Anspruchs geknüpften Voraussetzungen gekonnt habe. Die *condictio* im e. S. ist nicht eine Form, in die aller Inhalt der *actiones in pers.* (*cond.* im w. S.) unter Einhaltung gewisser Regeln hineingefüllt werden kann; nur ein bestimmter Teil des Inhalts derselben gestattet diese Ueberführung, und zwar richtet sich der Unterschied nicht sowol nach der stofflichen Beschaffenheit, dem Objekt der zu realisirenden Ansprüche, als nach dem Entstehungsgrunde derselben.

Zugegeben mag vorab werden, dass im Corpus Juris ausser dem fr. 9 pr. cit. noch einige andere Stellen[8]) zu finden sind,

---

de tuarum tabularum fide compromissum feceris, arbitrum sumpseris quantum aequius et melius sit dari repromittiue si pareret? quis in hanc rem fuit arbiter? ... eundemne tu arbitrum et iudicem sumebas? eidem et infinitam largitionem remittebas et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas ... de quo nomine ad arbitrum adisti, de eo ad iudicem uenisti."

Man vergleiche hiezu noch § 13 und wieder § 24 und 25, und wird danach wol mit manchem Bedenken über die Sachlage und die Darstellung Ciceros sich tragen, darüber aber nicht im Zweifel bleiben, dass ein und derselbe Anspruch nach Belieben des Klägers mit der nach Pandektengebrauch *certi condictio* genannten Klage oder mit einer Bonaefideiklage *pro socio* (vgl. Schmidt, Pro Q. Roscio 4 seq., Bethmann-Hollweg Civ. Pr. II. 809) einzuklagen gewesen.

[7]) Keller weist in der angeführten N. 1107 nur auf fr. 34 pr. mandati 17, 1, jedoch beispielsweise hin.

[8]) Fr. 28 § 4 de iureiur. 12, 2 (Paul.): "... *deinde ex iisdem causis certum condicatur*"; fr. 5 de exc. r. iud. 44, 2 (Ulp.): "... *uel condicat, de eadem re agit*"; fr. 36 de O. et A. 44, 7 (Ulp.): "*cessat ignominia in condictionibus, quamuis ex famosis causis pendeant*"; — fr. 35 de S. P. V. 8, 2 (Marcian.): "... *uel incertum condicere*"; fr. 17 § 5 de instit. a. 14, 3 (Paul.); fr. 8 pr. de A. E. V. 19, 1 (Paul.): "... *etiam condictio incerti competit.*"

die die Kellersche Ansicht zu unterstützen scheinen, und wenn sie allein stünden genügenden Beweis dafür geben könnten. Denn wie jenes fr. 9 sprechen sie von der Befugnis des Klägers, neben beliebigen andern Aktionen auch der *condictio* sich zu bedienen, ohne eine besondere Qualifikation der Ansprüche welche dies gestatten hervorzuheben. Also: *lege non distinguente nec nostrum est distinguere.* Doch ist sofort zu bemerken, dass von all diesen Stellen keine, wie auch fr. 9 pr. cit. selber nicht, die Unterschiedslosigkeit ausdrücklich behauptet; und man wird sich wieder einmal erinnern, dass die Römer, selbst wann sie Regeln aufstellen, weit entfernt zu sein pflegen dieselben für ausnahmslos ausgeben zu wollen. Regel ist ihnen eben das Gewöhnliche "*quod plerumque fit*"; ob aber ein und das andere Mal, oder auch viele andere Male ganz anderes eintritt, das ficht sie wenig an.

Bedenken wider die Kellersche Theorie muss schon das Bruchstück aus Ulpians l. 26 ad edictum erregen, dessen erster Teil als fr. 9 cit. gegeben ist. Nach den weitgreifenden Worten "*ex omni causa, ex omni obligatione, ex omni contractu*" sollen mögliche Zweifelsfälle erwogen werden:

> § 3 *quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, . . . referendae sunt quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum* (?) *sufficiat.*

Also überall ist sie doch nicht am Platze. Man sollte aber nach dem voraufgehenden meinen, dass nur wo überhaupt kein "*certum peti*" denkbar sei, die Kondiktion versagt werden dürfte, in weit auseinander liegenden Fällen. Statt dessen sehn wir alle Zweifel auf einem knapp begrenzten Gebiet auftauchen: § 4—8 wird die Kondiktion gegeben auf Grund von Numeration.

> § 9 *deposui apud te decem, postea permisi tibi uti;*

schon Nerva und Proculus haben hier die Kondiktion gegeben, "*etiam antequam moueantur*", Ulpian folgt ihnen nach des Marcellus Vorgang, doch haben die Kompilatoren eine von Ulpian zugefügte Beschränkung, aus l. 2 ad edict., als fr. 10 einzuschalten befunden:

> *quodsi ab initio cum deponerem uti tibi si uoles permisero, creditam non esse antequam mota sit; quoniam debitu iri non est certum.*

Und wieder folgen fr. 11 und fr. 13 (beide aus Ulpians l. 26 cit. weitere Beispiele der auf *res* gegründeten Kondiktion.

Ferner finden sich viele Stellen, in denen auf die reale Grundlage der konkurrirenden Kondiktion ausdrücklich hingewiesen wird. Entweder dergestalt

> *an*[9]) *utiliter* [*A.*] *condicticia experiatur? uidetur enim* [*N.*] . . . *ex donatione locupletior factus;*

oder indem zugleich auch die Spezies der Kondiktion hervortritt:

> *condici ei*[10]) *posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eum essent.*

So werden genannt die *cond. furtiua*[11]), *c. ob turpem*[12]) *causam, c. indebiti*[13]). Diese Zeugnisse aber fallen besonders schwer in die Schale, darum einmal weil entgegenstehende Beweisstellen, d. h. solche die über die Begründung nicht blos schweigen, sondern auf eine nicht reale Grundlage der Konkurrenzkondiktion zurückzuführen wären, gänzlich fehlen; zweitens weil das Aufsuchen der Kondiktionenspezies[14]) offenbar von dem Gedanken ausgeht, dass wenn eine passende Spezies, m. a. W. eine angemessene reale Begründung nicht zu entdecken sein sollte, von der Zulassung der Kondiktion überhaupt Abstand genommen werden müsste. Besonders deutlich tritt dies wieder gerade bei Ulpian hervor:

> fr. 2 de cond. s. c. 12, 7: *an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit. nisi forte*

---

9) Fr. 55 de donat. int. u. et u. 25, 1 von Paulus der die aufgeworfene Frage bejaht.

10) Fr. 6 § 5 rer. amot. 25, 2 (Paul. Aristo). — cf. fr. 4 § 1 de R. C. 12, 1 (Ulp.).

11) Fr. 16 de cond. furt. 13, 1 (Pomp. ad Q. Muc.); fr. 5 § 8, 14 commod. 13, 6 (Ulp.) cf. fr. 45 § 1 locati 19, 2 (Paul.); fr. 30 pr. de A. E. V. 19, 1 (Afric.); fr. 47 pr. (fr. 45, 46) pro socio 17, 2 (Ulp.).

12) Fr. 9 pr. de cond. ob t. c. 12, 5 (Paul.) cf. § 1; fr. § 1 de calumn. 3, 6 (Ulp.).

13) Fr. 11 § 7 de pec. 15. 1 (Ulp. Iul.).

14) Vgl. dazu wieder fr. 9 pr. de cond. ob t. c. (Paul.): *quamuis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est.* Auch fr. 11 § 6 de A. E. V. 19, 1 (Ulp.): . . . *utrum condicatur quasi ob causam datum sit et causa finita sit, an uero ex empto . . . certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud uenditorem est annulus.* fr. 5 de tut. et rat. 27, 3 (Ulp.): *placuit condici posse, quod habet rationem quia turpiter accepta sit.*

quasi sine causa datum, sic putamus condici posse; etenim uestimentis inuentis quasi sine causa datum uidetur.

Hiernach wird die Auslegung des fr. 9 pr. de R. C. und der andern in N. 8, genannten Stellen, wonach "*ex omni obligatione*" die Anstellung der *certi condictio* unbedingt zulässig zu achten wäre, durch die andere, den Worten nicht schlechter entsprechende zu ersetzen sein, dass die *c. c.* zwar aus jeder *causa* aus jeder *obligatio* jedem *contractus*, aber nur unter bestimmten Voraussetzungen erwachsen könne; welche Voraussetzungen denn hier keine andern sind, als die für die Entstehung der *condictio* überhaupt erforderlichen. Das heisst: es müssen in jedem einzelnen Falle, wenn nicht etwa *uerba literae testamentum lex noua* in Frage kommen, die Elemente einer kondiktionschaffenden *res* herausgefunden werden können[15]).

Einer etwaigen anderen Deutung der bedingenden Voraussetzungen ist hier noch kurz zu begegnen. Man könnte behaupten wollen, nicht auf die Begründung des fraglichen Anspruchs sondern auf den Inhalt desselben komme es an, sei dieser ein "*dari oportere*", dann stets aber auch nur dann trete eine *condictio* mit der übrigens begründeten Kontraktsklage in Konkurrenz[16]). Hieran ist aber, für die Zeiten Ulpians wenigstens und für spätere, nur soviel richtig wie selbstverständlich ist, nämlich dass die beiden Arten der *certi condictio*

si p. pecuniam certam — s. p. rem certam dari o.

nur da angestellt werden können, wo üherhaupt ein "*dari*"

---

15) Was oben schon angedeutet wurde (S. 137 zu N. 7), dass die unbedingte Zulässigkeit auch für die späteren Zeiten, Ulpians sogut wie der Kompilation, zu verwerfen sei, kann besonderes Beweises nicht mehr bedürfen, da die Mehrzahl der der Kellerschen Interpretation entgegentretenden Stellen von Ulpian und Paulus herrührt, und alle in das C. J. Aufnahme gefunden haben.

16) Vielleicht dass fr. 9 § 9 und fr. 10 de R. C., und ähnlich fr. 13 § 1 depos. 16, 3 (Paul.) so wie fr. 34 pr. mand. 17, 1 (Afr.) — fr. 15 de R. C. (Ulp.) mit dieser der Kellerschen immer noch nahe verwandten Anschauung in Einklang zu bringen wären. So lange aus einem Geschäft nur ein *fieri restitui praestari* geschuldet werde, sei die Kondiktion als Klage *si paret dari oportere* unzulässig; darauf habe Afrikans Widerspruch beruht, dass "*nuda pactione*" kein "*fieri*" in ein "*dari oportere*" umgestaltet werden könne, was denn auch Ulpian nur durch die Doppelfiktion von Zahlung und Rückzahlung zu umgehn gewusst habe.

geschuldet wird. Neben diesen aber war eine "*incerti condictio*" auf "*fieri oportere*" auch als Konkurrenzklage [17]) damals schon zweifellos in Uebung, während andererseits eine Kondiktion im e. S. des *ex uendito* zu fordernden Preises, oder der in einem *dare* bestehenden Gegenleistung bei einem Innominatkontrakte und alles ähnliche unerhört ist.

Während nach Keller die Konkurrenzkondiktion stets im Gefolge und abhängig von dem Dasein anderer Rechtsmittel erscheint, müssen wir die völlige Unabhängigkeit derselben proklamiren. Jede echte Kondiktion hat ihre eigenen Bedingungen, nur von diesen ist ihr Eintreten oder Nichteintreten abhängig, und es ist daneben gleichgültig ob der Fall übrigens so gestaltet ist oder nicht, dass auch noch eine andere Geschäftsklage begründet wird. Diese Auffassung findet eine direkte Bestätigung im fr. 12 de nouat. 46, 2 von Paulus. *A* delegirt seinen Schuldner *B*, der eine *exceptio doli mali* wider ihn hätte, seinem (des *A*) Gläubiger *C*; *B* promittirt dem *C* "*per ignorantiam*", so hat er wider diesen keine *exceptio*, "*quia ille suum recepit*";

> *sed is qui delegauit* (*A*) *tenetur condictione* [18]), *uel incerti si non pecunia soluta esset, uel certi si soluta esset. et ideo cum ipse praestiterit pecuniam aget mandati iudicio.*

Also aus dem Dasein der Kondiktion wird die Statthaftigkeit der *mandati actio* gefolgert ("*et ideo*"); wogegen die Kellersche Anschauung zu dem Gegenteil, Herleitung der Kondiktion aus dem Begründetsein anderer Klagen führen müsste.

Es mögen gleich noch zwei andere, zwar nicht wider Keller durchschlagende, aber doch für die Erkenntnis des Konkurrenzverhältnisses wichtige, einander erklärende Stellen, fr. 51 und fr. 52 mandati 17, 1, beide von Javolen, in betracht gezogen werden. Ein Fidejussor zahlt irrtümlich "*ante diem*":

> *petere tamen ab eo non potest,*
> *ac ne mandati quidem actionem antequam dies soluendi ueniat cum reo habebit.*

---

[17]) Fr. 35 de S. P. V. 8, 2 (Marcian.); fr. 8 pr. de A. E. V. 19, 1 (Paul.). Dass für die Begründung der *inc. condictio* dieselben Regeln gelten wie für die der *c. certi* ist schon oben (V. S. 108) bemerkt.

[18]) Bis hierhin deckt sich die Stelle im wesentlichen mit fr. 13 eod. von Ulpian und fr. 5 § 5 de exc. doli 44, 4 von Paulus.

Also hat der Fidejussor wider den Reus zwei Rechtsmittel: das "*petere*", und die "*mandati a.*" Welcher Art das "*petere*" ist, ergibt das zweitgenannte Fragment. Der Fidejussor hat gezahlt mit besserer Waare als geschuldet war:

si fideiussor id quod dederit (*id est melius triticum*) *condicet, exceptione eum doli mali summoueri existimo.*

Beiläufig dass der Kondiktion gegenüber auch die wirkliche, formulirte *exceptio doli* am Platz war.

Nach allem bleiben wir dabei, dass der materiellen Grundlagen für die Kondiktion im engen Sinne, *certi* wie *incerti*, geschlossene Zahl gewesen, doch will es nicht scheinen, dass dieselben auf ein einfaches Prinzip zurückzuführen seien. Die Formeln auf "*dare oportere*" waren früh in den gerichtlichen Gebrauch gekommen, die Gerichtspraxis hat über den Umfang ihrer Anwendbarkeit entschieden. Zugelassen hat diese einmal die drei alten Kontraktsgründe, *res uerba literae*, zweitens Ansprüche *ex lege* und gewisse Ansprüche *ex testamento*. Warum diese und nur diese, dürfte einstweilen nur den leichtfüssigeren Konjekturen[19]) zugänglich sein.

Für die Abgrenzung der Kondiktionen im weiteren Sinne ergeben Gajus IV. 5, — 18, — 33, Ulpian fr. 25 pr. de O. et A., und die kaiserlichen Institutionen (§ 15 de act.) dasselbe Resultat:

α) *actiones in personam*,

β) *quibus dari fieriue*[20]) *oportere intendimus.*

---

19) Nicht dass die Sache an sich besonders schwer zu fassen wäre, aber von vielen Möglichkeiten kehrt keine den Vorzug grösserer Wahrscheinlichkeit heraus. Dass bei den ausdrücklich vom Gesetz anerkannten Ansprüchen ein *dari oportere* anerkannt wurde, ist gewis naheliegend, und vielleicht galt das Testament noch als Abart der *lex*. Andererseits diente die alte Kondiktion sicher nur dem Damnationslegat, die *l. Aquilia* und wol noch andere hatten ein "*damnas esto*" verordnet, man könnte daran denken die Zulassung der einfachsten Prozessform mit der Einschränkung der Manusinjektion in Verbindung zu bringen. Hatte sich die Kondiktion aber erst an einzelne Leges angeschlossen, so mochte sie allmählich auf alle ausgedehnt werden. Der Satz des Paulus aus l. II. ad Plautium (fr. 1 de cond. ex l. 13, 2) könnte wol so verstanden werden, als ob es sich dabei um etwas erst zur Zeit des Plautius vollkommen fest gestelltes handelte.

20) Savigny (Syst. V. 589) behauptet dass bei kontraktlichen Verhältnissen nur zweierlei *intentiones in ius conceptae* vorgekommen, "*si paret*

Also keine "*actiones in rem*", keine "*actiones in factum*" (gleichviel ob wir diese nur durch β) oder auch durch α) schon ausgeschlossen achten), aber auch nicht alle *in ius conceptae*, nur die "*dari fieriue oportere*" in sich aufnehmen. Damit wären einmal Deliktsklagen (man denke des "*s. p. pro fure damnum decidi oportere*"), aber auch einige Geschäftsklagen ausgeschlossen.

Welcher Zusammenhang mag zwischen den Kondiktionen im w. S. und denen im e. Sinne bestanden haben? Eine eigentümliche Zwischenbildung scheint das *iudicium rerum amotarum* zu sein. Gajus bezeugt dasselbe ausdrücklich als Kondiktion[21]). Es gleicht in vielem der *condictio furtiua*[22]), führt von der Kondemnation zu einem *arbitrium iudicis*, demnächst zum

---

dari" und "*quidquid dari fieri oportet*". Mit Recht hat aber schon Rudorff (R. G. II. 172, Edict. § 113) in die übrigens sehr zweifelhafte Konstruktion der Formel *pro socio* das "*repromittiue*" nach Cicero (pro Q. Roscio 12) aufgenommen. Man sehe zudem l. Rubria II. 32 "*dare facere praestare restituere oportere aut se debere* [*confessus erit deixseritue*]", cf. II. 39 s.; ähnlich aus der l. I. et P. (fr. 37 pr. de op. lib. 38, 1): "*dare facere praestare debeto*"; ferner das prätorische Edikt "*iudicium dabo ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si . . . cautum fuisset*" (fr. 7 pr. de damno 39, 2) — fr. 10 de his q. s. u. a. 1, 6 (Ulp.) "*si iudex nutriri uel ali oportere pronuntiauerit . . .*"

Eigentümlich stellt sich Keller zu dieser Frage (Civ. Proc. § 67): der Mannigfaltigkeit der möglichen Leistungen soll "bei der ältern ängstlichen Formelkonzeption durch variirte Ausdrücke wie *dare facere praestare tradere exhibere reddere restituere repromittere*" entsprochen sein, wofür N. 783, schätzbare Beläge bringt, im Verfolge aber alles dies in das einfache *dare facere* einbegriffen sein, was N. 784, keineswegs beweist. Die der Kellerschen Meinung günstigste Stelle fr. 218 de V. S. 50, 17 von Papinian: "*uerbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi soluendi numerandi iudicandi ambulandi*" wird durch fr. 10 cit. von Ulpian beseitigt. Unter *facere* kann dies alles bei Gelegenheit einmal mit verstanden sein, dagegen braucht es keineswegs allemal in der Formel also bezeichnet zu werden; wenn nämlich Papinian überhaupt speziell an den Formelgebrauch des Wortes gedacht haben sollte gab es je eine obligatorische Verpflichtung "*ad ambulandum*"?. —

[21]) Fr. 26. rer. amot. 25, 2.

[22]) Fr. 21 § 5 eod. (Paul.): *haec actio licet ex delicto nascatur tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiua; praeterea et heredibus competit.* § 6. *nec uiro nec mulieri prodest in hoc iudicio si facere non possunt; pendet enim id ex furto.* — Vgl. fr. 6 § 3 von demselben: *si post diuortium maritus decesserit heres eius R. A. iudicio uti potest.* § 4 *item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictionis nomine ex causa furtiua.* § 5 *sed si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione uel ad exhibendum actione eas consequi poterit.* fr. 22 § 1 eod.

iuramentum in litem[23]); wider den Vater wird es *de peculio*[24]) gegeben; die *a. rer. am.* der einen Seite wird, offenbar ohne Rücksicht auf Gleichheit der Forderungsobjekte, mit der der andern kompensirt[25]). Es ist ein Produkt der prätorischen Rechtsbildung[26]) und setzt Bereicherung des Beklagten nicht voraus[27]); die Klage konkurrirt mit den Abzügen von der Dos[28]), desgleichen mit Kondiktionen[29]) im e. S. Was heisst nach dem allen

rerum amotarum actio condictio est?[30])

Als Hauptrepräsentanten der Kondiktionen im w. S. werden zu nennen sein die Aktionen:

fiduciae; rei uxoriae;
commodati; pignoraticia; depositi;
ex stipulatu; ex testamento;
mandati; pro socio; empti uenditi; locati conducti;
tutelae; negotiorum gestorum;
praescriptis uerbis.

---

23) Fr. § 1 eod. (Pomp.): *Sabinus ait, si mulier res quas amouerit non reddat, aestimari debere quantum in litem uir iurasset* — cf. fr. 9, fr. 10.

24) Fr. 3 § 4 — fr. 5, fr. 6 § 2 eod. — Ausnahmsweise *in solidum* nämlich wenn er *adiuncta filia* auf Herausgabe der Dos klagt. Ueberdies stets, auch nach der Tochter Tode auf das Mass seiner Bereicherung, was aber *uiua filia* ein *utile iudicium* fordert (fr. 5 cit Papin.); warum genügt die Kondemnationsklausel *de in rem uerso* nicht?

25) Fr. 7 eod. (Ulp.).

26) Fr. 1 eod. (Paul.): *rerum amotarum iudicium singulare introductum est.*

27) Fr. 19 eod. (Ulp.): *uerum est itaque quod Labeo scripsit: uxorem rerum amotarum teneri etiamsi ad eam res non peruenerit.*

28) Fr. 21 § 1 eod. (Paul.): *R. A. actio damnum repraesentat, etiamsi postea dotis exactio competat* cf. 3 § 4, fr. 8 pr. eod.

29) Fr. 24 eod. (Ulp.): *ob res amotas, uel proprias uiri uel etiam dotales, tam uindicatio quam condictio uiro aduersus mulierem competit, et in potestate est qua uelit actione uti*". — fr. 17 § 2 (Ulp.): "*non solum eas res quae exstant in R. A. iudicium uenire Iulianus ait, uerum etiam eas quae in rerum natura esse desierunt; simili modo etiam certi condici eas posse ait*". — Die Kondiktion tritt auch in zwei Fällen ein, wo die r. a. a. aussetzt: fr. 6 § 5, als Klage der Erben des Mannes wider die Frau; und fr. 25 bei fortdauernder Ehe, "*licet cessat R. A. actio tamen ipsas res maritus condicere potest; nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident*".

30) Sicherlich soviel dass dieselbe keine Formel *in factum concepta* hatte, wie Rudorff Edict. § 121 annimmt; vermutlich aber auch noch mehr, doch wieviel?

Ueber das Alter derselben geben die Quellen direkt wenig Auskunft.

Die *a. fiduciae* war sicher nicht uralt[31]), doch liegt auch kein zwingender Grund vor sie dem Zwölftafelrecht fernzuhalten. — Zweifellos jünger ist die *a. rei uxoriae*[32]).

Für das Depositum ist bezeugt dass eine Klage *in duplum* in den Zwölftafeln[33]) verordnet war, die Klage *in simplum* aber aus dem prätorischen Edikte stammt. Aus Plautus[34]) wird über die Klagbarkeit der drei freien Realkontrakte nicht viel zu entnehmen sein[35]), auch Cicero handelt nicht davon, und

---

31) Vgl. Dernburg Pfandr. I. 14 N. 19.

32) Bechmann Dotalr. I. § 13, § 16: "Sie ist ein Produkt des unter dem Einfluss der Rechtsgelehrten sich bildenden und allmählich entwickelnden Gewohnheitsrechts". — v. Scheurl in der Anzeige des ebengedachten Werks (Kr. Vschr. VI. 14) sezt ihre Einführung in das sechste Jahrhundert.

33) Coll. X. 7, 11 (Paul.): "*ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*". — Ihering, Schuldmom. 32 versteht dies statt von einer speziellen Depositenklage, von der Zulässigkeit der gewöhnlichen *a. furti nec manifesti in duplum.* Das will zu den Worten doch kaum passen; und der angeführte Grund, dem Prätor würde sonst die Veranlassung zur Einführung seiner *in simpl. actio* gefehlt haben, fällt fort sobald man bedenkt dass die Depositenklage der Zwölftafeln beschränkte Voraussetzungen haben konnte. Wider I. spricht auch die Analogie der *in dupl. a.* wider den Tutor aus den Zwölftafeln, die nach fr. 55 § 1 de adm. tut. 26, 7 mit der gewöhnlichen *a. furti* keineswegs identifizirt werden darf.

34) Vgl. Demelius (Zschr. f. R. G. II. 221 f.). — Der Inhalt dieser Geschäfte ist niemals ein so reicher gewesen wie der der Konsensualkontrakte in der uns geläufigen Gestalt. Die *a. directa* wurde von altersher einigermassen ersetzt durch die *rei uindicatio* auf der einen und die *a. furti* auf der andern Seite; später traten die Besitzklagen und die *a. l. Aquiliae* ergänzend hinzu. Die *a. in duplum* der Zwölftafeln war vermutlich auch nichts als eine dem besondern Falle angepasste *furti a.* Alle diese Rechtsmittel liessen demnach eine Lücke betreffs derjenigen Verletzungen, die weder *dolo* noch *corpore corpori* zugefügt waren, d. h. es fehlte die Verpflichtung zur *custodia* und zur *diligentia.* Die eigentlichen Geschäftsklagen mögen entbehrlich gewesen sein, so lange wie die Gewissenhaftigkeit des einen Teils und die Anspruchslosigkeit des andern Konflikte zu Seltenheiten machte.

35) Nach Plautinischem Sprachgebrauch fallen die begründenden Handlungen unter den Begriff des *creditum* (vgl. Loci Pl. ξ—κδ); es ist nicht ganz unwahrscheinlich dass die Objekte des Kreditums auch hier mit der *condictio* zurückgefordert werden konnten, was namentlich in fr. 4 § 1 de R. C. 12, 1 (s. jedoch Dernburg Pfandr. I. 13 N. 17 und die dort Citirten) wenigstens für die Pfandstücke Bestätigung findet. Aber auch diese Klage hatte die Lücken gelassen deren oben gedacht ist.

dass er die drei Klagen bei Aufzählung der *b. f. iudicia*[36]) übergeht, kann auffallen. Doch müssen sie seiner Zeit längst bekannt gewesen sein, da schon Q. Mucius eine für das Wesen der *commodati a.* sehr wichtige Frage behandelt[37]) und, wie es scheint, mit durchschlagendem Erfolg entschieden hat.

Von grösserer Wichtigkeit noch dürfte die Bestimmung des Alters der *a. ex stipulatu* sein. Offenbar beruhen die Stipulationsformulare bei Cato auf seit längerem gesammelten Erfahrungen; auch für die von Plautus geschilderten Zustände darf kein Zweifel[38]) an der Bedeutung der *incerta stipulatio* aufkommen. Die Frage bewegt sich also innerhalb enger Grenzen: ob die *a. ex stipulatu* schon dem Zwölftafelrecht angehört hat? oder als Produkt der nächstfolgenden Jahrhunderte zu betrachten ist? — Für jenes zu sprechen scheint ein direktes Zeugnis[39]), ferner die schon oben angeführte Bemerkung, dass für die Zwischenzeit von den Zwölftafeln bis zum Erstarken der prätorischen Befugnisse, die Herstellung neuer, nicht auf neue Gesetze fundirter Klag- (Spruch- und Schrift-) Formeln aus unserem Wissensmaterial nicht wohl zu erklären wäre.

---

36) S. namentlich de offic. III. 70; dazu top. 66. — Die Geschäfte *commodatum depositum* und ebenso *pignus* werden nicht selten erwähnt (cf. Nizolii Lexic.), nur direkte Spuren der Geschäftsklagen habe ich vergeblich gesucht.

37) Fr. 5 § 3 commod. 13, 6 (Ulp.): *et ideo uerior est Quinti Mucii sententia, existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo qui aestimationem se praestaturum recepit.* Cf. fr. 23 eod. Pomponius l. XXI ad Q. Mucium. — Wogegen die Einführung des *int. de precario* wieder gegen ein besonders hohes Alter der *a. commodati*, die nach ihrer Stellung im Edikt als die älteste dieser drei Kontraktsklagen anzunehmen ist, zu zeugen scheint; vgl. fr. 14 de precario 43, 26: "... *quia nulla eo nomine iuris ciuilis actio esset* ..."; fr. 14 § 11 de furt. 47, 2.

38) Es genügt wol darauf hinzuweisen, dass Plautus schon die Fidejussion kennt, wenngleich in dem Falle, wo er ihrer gedenkt, sie zu einer Hauptschuld auf *certum* hinzutritt, Most. III. 1, 101—5. Uebrigens sehe man Epid. II. 2, 107 "*hoc poterit cauere recte, iura qui et leges tenet*" und III. 2, 23 "*quasi quoi emeret caueat*" (beides auf die auch damals schon gangbaren Kaufstipulationen bezüglich); Asin. I. 4, 48: "*repromittam istoc nomine solutam rem futuram*"; Men. V. 4, 6: "*sanum futurum mea ego id promitto fide*".

39) Fr. 5 ne quid in l. p. 43, 8 (Paul); doch vgl. oben III. S. 65.

40) Wol denkbar dass ein Recht überhaupt nur Ansprüche auf *certum* als klagbare anerkennt, für jede Vergehung eine bestimmte Summe als Busse verordnet, oder eine Klage auf Körper- und Freiheitsstrafen gibt nur um den

Weiter bleibt zu erwägen, dass die Bedingungen der Möglichkeit einer *a. incerti ex stipulatu* im Zwölftafelrecht schon vorhanden gewesen sein müssen: das Dasein, sei es nun einer Forderung (*dari* oder *fieri oportere*, *deberi*), sei es der Stipulation selber, konnte durch *sacramentum*, der Betrag durch nachfolgende *litis aestimatio* festgestellt werden. Auch kennen wir andere, unbestreitbar der Zwölftafelzeit angehörige Sachen, beispielsweise die *a. furti nec manifesti*, die Strafklagen wider Depositar und wider Tutor *in duplum*, welche nicht weniger Gewandtheit auf Seiten des Gerichts erforderten. Bei unserer Unwissenheit über das Verhältnis der präjudiziellen Untersuchung und des Abschätzungsverfahrens zu einander in älterer Zeit, müssen die beiden Fragen einstweilen gesondert behandelt werden: wann sind *incertae stipulationes* klagbar geworden? wann sind Spruch- oder Schriftformeln der Art "*quidquid dari s. dari fieri oportet*"[41]) zur Einführung gekommen? Kann sein dass beides zugleich geschehen, aber wer wollte beweisen dass nicht einstmals, ähnlich wie bei der Vindikation, auch hier Judicium und Schätzungsverfahren auseinanderfielen?

Betreffs der Altersbestimmung der *a.* (*incerti*) *ex testamento*, wiederholen sich die eben angeführten Argumente zum Teil; übrigens stehn wir ihr gegenüber noch hülfloser. Auch

---

Verletzer zu einem Vergleich (*decidere*) mit dem Verletzten zu zwingen, bei Verträgen aber verlangt dass die Kontrahenten die zu erlegenden Beträge von vornherein fest bestimmen, wie z. B. auch später noch dem Eviktionsinteresse die *dupla pretii* substituirt zu werden pflegte. Denkbar sage ich, dass Derartiges konsequent durch ein noch wenig ausgebildetes Recht durchgeführt sein könnte, und möglich dass das ältere Recht in vielen Beziehungen diesem Gedanken entsprochen hätte, aber wenn diese steife Beschränktheit in Wirklichkeit je bestanden, so muss die Zeit derselben als weit hinter den Zwölftafeln zurückliegend angenommen werden.

[41]) Unverkennbar ist die Aehnlichkeit, die zwischen dem

quidquid d. f. . . . oportet

und dem

quantae pecuniae paret . . . damnum datum esse

besteht; beide Male wird dem bestellten Richter die Abschätzung zu dem präjudiziellen Erkenntnis hier über das Faktum dort über das Jus übertragen. Gelingt es also der Entstehung der einen Formel einen sichern Platz in der Geschichte zuzuweisen, so ist damit auch ein Anhalt für die Einstellung der andern gewonnen. Leider scheinen beide Vagabunden einstweilen gleich ungreifbar.

ist zwischen beiden[42]) keine andere Beziehung anzuerkennen, als dass nachdem die eine in die Praxis eingeführt worden war, die andere als einführbar angenommen werden musste. Fraglich bleibt ob man sobald schon Grund[43]) gehabt, an die Verwirklichung der Möglichkeit zu gehn.

Etwas ergiebiger sind die Quellen für die Konsensualkontrakte, und auch schon von entgegengesetzten Seiten[44]) durchprüft. So sehr die Ansichten auseinandergehn, scheint man neuerdings doch darin übereinzukommen, die gewichtigsten Beweisstücke bei Plautus[45]) zu suchen. Nachdem jetzt die gegenteilige Meinung mit grosser Sorgfalt ausgeführt ist, muss ich dabei beharren: das Vorkommen der *a. empti* oder *uenditi* aus blossem Konsense in den fraglichen Stücken ist nicht nachgewiesen, wahrscheinlich dass sie dem Dichter über-

---

42) Dass beide Klagen von etwa gleichem Alter, vermutet Keller Inst. 331, Civ. Proc. 378.

43) Beispielsweise war die Einführung der *incerti a. ex stipulatu* unausbleiblich, sobald man das Bedürfnis empfunden hatte, zu Forderungen innerhalb des Gebiets vom *incertum*, wie die Zwölftafeln sie zweifellos kennen, Adpromissoren oder Adstipulatoren hinzuzuziehn. Dagegen wäre es wol denkbar, dass längere Zeit noch niemand darauf verfallen, ein anderes als *certae rei egatum* zu geben, sicher das einzige das in die scheinbar älteste Vindikationsform passte. Auch bei der *l. Furia testamentaria* scheint man die Abschätzungsschwierigkeiten nicht gerade hoch angeschlagen zu haben.

44) Meine Emptio uenditio und dawider Demelius (Zschr. f. R. G. II. 177 f.); über die ganze Kontroverse besonders Dernburg (Komp. II. Aufl. 48. f.). Uebrigens ist der Streit zwischen Demelius und mir nur ein häuslicher, ein freundnachbarliches Iurgium, indem wir gemeinschaftlich dafür einstehen wollen, dass die späteren *b. f. actiones* nicht schon in früher Legisaktionenzeit in den Formen der *iudicis postulatio* umgegangen seien. Ueber die Annahme, betreffs ihrer Herleitung von der *l. a. p. condictionem* (a. a. O. 236, 237) s. unten 154 folg. Die Frage nach der Entstehung der *a. empti ex consensu* hat für mich an Bedeutung verloren, je mehr ich mich überzeugt habe, dass die Entwickelung der Freiheit und Beweglichkeit der Klage, des eigentlichen Bonaefideicharakters, einer neueren bis in die Zeit Ciceros etwa sich erstreckenden Periode angehört.

45) Exner Tradition 345 greift weiter zurück mit der Behauptung, dass zur Entstehungszeit der Regel "Kaufpreiszahlung gibt Eigentum", also wol noch vor der Zwölftafelgesetzgebung, der Verkäufer Klage gehabt habe weder auf Erlegung des Preises, noch falls diese ausblieb auf Restitution der Waare. — Die letzte Folgerung ist nicht ganz schlüssig: möglich dass stets dies eventuelle Rückforderungsrecht fest, das Mittel zur Durchführung desselben (ob *rei uindicatio*, ob *condictio*) anfangs im Zweifel gestanden, und dass dieser Zweifel mit der Regel für die *r. u.* entschieden worden.

haupt unbekannt gewesen. Im einzelnen ist zu bemerken: 1) So förderlich "ein umfassendes Beobachten der betreffenden Geschäfte in ihrer Verkehrsrolle und Verkehrsausbildung" dem Wachstum unseres Wissens überhaupt sein muss, so ergibt dasselbe zur Beantwortung der vorliegenden Frage nichts[46]. 2) Die beiden Hauptstellen wider die Klagbarkeit der *emptio uenditio* aus blossem Konsense sind unterschätzt und vom gegnerischen Standpunkt aus noch nicht genügend erklärt; dagegen aber ist

3) bei dem bedeutendsten Dokument für Klagbarkeit übersehen, dass wenn hier keine *proclamatio in libertatem*, sondern eine *a. in personam* anzunehmen sein sollte, dies eine *a. ex stipulatu*, keine Klage aus dem blossen Kaufkonsense, sein[47] würde.

Die Entstehung der *a. mandati* in uralte Zeiten zu setzen, dawider spricht die Einführung der *a. depensi* durch die *l. Publilia*, sowie der Klage wider den Adstipulator aus dem zweiten Kapitel der *l. Aquilia*[48].

Bei der Tutel ist die Strafklage *in duplum* als zwölftafelmässig[49] bezeugt. Die einfache Kontraktsklage verdankt ihre Entstehung vermutlich dem prätorischen Recht; dafür die Analogie der einfachen *depositi a.*, der *a. tutelae contraria* (fr. 1 pr. de contr. tut. 27, 4) und der *a. protutelae* (fr. 1 pr. de eo. qui pro tut. 27, 5).

Zweifellos jünger als alle bisher genannten, wahrscheinlich nicht lange vor Cicero in Gebrauch genommen[50] ist die

---

[46]) Denn Realkontrakte und Formalkontrakte können im Leben häufig vorkommen, und von der Jurisprudenz fein und säuberlich ausgearbeitet werden, ohne dass es darum notwendig würde sie zu Konsensualkontrakten umzuschaffen.

[47]) Hiezu Beilage F.

[48]) Vgl. Ihering Schuldmom. 34. — Zwingend ist diese Beweisführung nicht, über eine der möglichen Einwendungen s. oben II. a. E. Auch über die *a. pro socio* ist Ihering ebenda 33 zu vergleichen.

[49]) Cicero de off. III. 61. — fr. 55 § 1 de adm. et per. 26, 7.

[50]) Darauf weist, neben dem Fehlen der *a. contraria*, dass auch die *a. directa* bei Cicero als der Rechtfertigung bedürftig aufgeführt wird.

top. 42: *si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.*

Die *a. neg. gest.* wird mitaufgeführt top. 66; übergangen pro Caec. 7, de off. III. 61, 69, 70, de nat. deor. III. 74.

a. negotiorum gestorum directa. — Noch jünger, auch Cicero noch unbekannt [51]) ist die *a. n. g. contraria;* wie man denn überhaupt zu der Annahme berechtigt zu sein scheint, dass jede *actio contraria* [52]) erst nach der ihr entsprechenden *a. directa* [53]) erfunden worden.

Besser als bei der Mehrzahl der übrigen ist die Untersuchung vorbereitet [54]) bei den *as. praescriptis uerbis.* Es wird anzunehmen sein, dass dieselben schon vor Labeo bestanden haben, von diesem Juristen aber vornehmlich den sogen. Innominat-Kontrakten angepasst worden sind, deren synallagmatischer, auch für das Wesen der Klage massgebender, Charakter nicht vor dem zweiten Jahrhundert [55]) der Kaiserzeit zu allgemeiner Anerkennung gelangt ist.

Wenn wir von den Formeln dieser Aktionen auch nur wenige kennen, so wissen wir doch genug um alle in Bausch und Bogen [56]) mit den Kondiktionsformeln vergleichen zu

---

51) Top. 66. *quid socium socio, quid eum qui negotia curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset eumue cui mandatum esset alterum alteri praestare oportere.* In dieser Stellung, zwischen zwei ausdrücklich als synallagmatisch bezeichneten Geschäften, beweisend.

52) De off. III. 70. . . . *Q. Scaeuola pontifex maximus . . . fidei bonae nomen existimabat manare latissime . . . in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria.*

53) Bei der *a. contr. tut.* handelt noch Ulpian (fr. 1 § 8 de contr. tut. 27, 4) davon, ob dieselbe auch selbständig, getrennt von der *a. directa* angestellt werden könne. Die Sache muss also bis zu seiner Zeit einigermassen zweifelhaft gewesen sein, und erinnert an die Darstellung Ciceros.

54) Accarias Théor. des contrats innominés, dazu A. Pernice Kr. Vschr. X. 68 f.

55) Fr. 7 § 2 de pact. 2, 14. Den synallagmatischen Charakter vertraten Aristo wider Celsus, Maurician und Ulpian wider Julian. Die späte Anerkennung desselben kommt auch als Analogie für die *actiones contrariae* in Betracht.
Die Schlussworte "*esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur a.*" besagen offenbar "es sei dies ein Kontrakt der Art, die Aristo Synallagma heisse".

56) In den alten Spruchformeln kamen einzelne Stücke vor, die, wie z. B. das "*quando te in iure conspicio*", völlig willkürlich und nur zu dem Zweck erfunden scheinen, die verschiedenen Aktionen einander äusserlich unähnlich zu machen. Die Gründe dieses Strebens mochten später fortgefallen sein, doch blieb höchst wahrscheinlich der nunmehr harmlos gewordene Erfolg, und es stünde mit dem die Römische Rechtsfortbildung beherrschenden Konservatismus in seltsamem Widerspruch, wenn man nachträglich darauf verfallen wäre, die

können. Die Uebereinstimmung in wesentlichen Punkten ist unverkennbar. Der Richter soll neben dem Dasein der Tatsachen auch die Rechtsfrage nach der verbindlichen Kraft derselben prüfen. Hierin gleichen sie sämmtlichen Kondiktionen; mit der *triticaria* haben sie dann noch die Anweisung gemein, den oder die erwachsenen Ansprüche zu Geld abzuschätzen. Dass für diese Schätzung überall dieselben Regeln gelten mussten, ist damit nicht gesagt. Ein äusserer Unterschied, dass bei diesen Klagen, im Gegensatz zur *triticaria*, und vermutlich zu allen Kondiktionen im e. S., auch zur *c. incerti*, der Kondemnations- und Abschätzungsbefehl in eigentümlicher Weise mit dem Rechtsprüfungsbefehl verwoben wird. Bei der Kondiktion entspricht die Formelgliederung der fortschreitenden Tätigkeit des Judex:

α) *s. p. — dari oportere,*

β) *quanti ea res erit,*

γ) *tantam pecuniam condemna;*

bei unsern Formeln erscheint α) und β) völlig verschmolzen:

quidquid ob eam rem . . . dari fieri oporteret,

eius iudex Nm. Ao. condemna s. n. p. a.

Wichtiger ist das Voraufschicken einer "*demonstratio*", oder der "*praescripta uerba*" an deren Stelle. Die richterliche Prüfungstätigkeit wird hiedurch erheblich beschränkt, der Kläger kann nun nicht mehr *in iudicio* seinen Anspruch beliebig auf *res uerba literae* und anderes stützen; jeder nicht aus der in der Demonstration oder Präscription genannten Causa erwachsene Anspruch ist von diesem Judicium ausgeschlossen. Wäre der Sklave *ex testamento* geschuldet, die Demonstration aber auf eine Stipulation gestellt, so müsste diese Klage abgewiesen werden.

Genau besehn aber ist auch dieser Unterschied nur ein äusserer: das Feld auf dem der Richter sich zu bewegen hat ist ein kleineres geworden, aber auf dem Gebiet das ihm verblieben ist seine Gewalt unverringert, nach wie vor entscheidet er selbständig die Rechtsfrage. Es ergibt sich hieraus

---

traditionell gewordenen Formeln durch neue sämmtlich auf Einen Leisten geschlagene Gebilde zu ersetzen. Hierin liegt ein Zweifel an der Richtigkeit mancher von Rudorff in das Edikt gesetzten Schöpfungen, aber kein Anhalt sie durch andere korrektere zu ersetzen.

für die Entwickelung dieser Aktionen ein eigentümliches Zusammenwirken der prätorischen Gewalt und der von ihrem Einfluss unabhängigen rechtsbildenden Kräfte[57]).

Von der *a. depositi* ist es bezeugt von der *a. tutelae* höchst wahrscheinlich, dass sie prätorische Klagen sind. Vergleichen wir aber diese mit andern prätorischen Klagen, so ist nicht zu verkennen dass bei manchen die Stellung des Richters eine andere, mehr untergeordnete und von dem Willen des prozessleitenden Prätors abhängige ist. Bei ihnen hat Richter nichts als die Prüfung der Tatsachen, Beweiserhebung, sein Urteil über die Angemessenheit ihrer Wirkungen ist ausgeschlossen. Nach Analogie der "*agri publici priuatique*" könnte man die *a. depositi* und welche ihr gleichstehen "*actiones ciuiles honorariaeque*" nennen, und damit von den reinen *honorariae* abscheiden.

Bei allen hier genannten Aktionen aber wird man sich zu entscheiden haben, ob man sie als reine *ciuiles* und unmittelbare Ausläufer der Zwölftafelgesetzgebung, oder als "*ciuiles praetoriaeque*" betrachten will, wo sie dann meist in die beiden letzten Jahrhunderte der Republik zu stellen sein dürften.

Denn hinsichts ihrer Begründung sind, bis zu der Zeit wo

---

57) Ein Beispiel um dies anschaulicher zu machen. ad Herenn. II. 19 wird erzählt: "*M. Drusus praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit; Sex. Iulius non reddidit.*" War nun die Formel des Drusus, wie wir annehmen gefasst

Nm[heredem] dare facere oportere ex f. b.,

so stand es immer noch in der Hand des Richters, auch wenn er die dem Prätor angeführten und von diesem als rechtsverbindlich anerkannten Tatsachen vorfand, zu absolviren, weil er selber ein *dari fieri oportere* als aus ihnen resultirend nicht annahm. Dem entspricht das ad Herenn. unmittelbar nach dem vorstehenden angeführte Beispiel "*C. Caelius iudex absoluit iniuriarum eum, qui Lucilium poëtam in scaena nominatim laeserat; P. Mucius eum qui L. Accium poëtam nominauerat condemnauit*"; denn eine Pointe hat diese Erzählung nur, wenn man annimmt dass beide Richter aus derselben Formel erkannt haben. Um also die Mandatsklage wider den Erben im angeführten Falle durchschlagen zu lassen, musste jener erste Judex mit den Rechtsanschauungen seines Prätors einverstanden sein; um sie zu einem bleibenden Stück des römischen Rechts zu machen, mussten einerseits die späteren Prätoren ihrem Vorgänger folgen, vielleicht eine hierauf bezügliche Klausel in das *edictum tralaticium* gelangen lassen, und es mussten andererseits auch die späteren Richter in solchen Sachen dem ersten folgen, und so allmählich ein die noch späteren zwingendes Gewohnheitsrecht herstellen.

das Eingreifen der Kaisergewalt in die Rechtspflege in Uebung kam, überall nur zwei Klassen von Aktionen zu unterscheiden: solche die auf irgend einem Gesetz [58]), und solche die lediglich auf dem Willen der prozessleitenden Staatsorgane, namentlich der Prätoren und deren Vorgänger beruhen. Eine dritte Klasse, die wol zuweilen angenommen worden ist, *actiones ciuiles*, den *honorariae* entgegengesetzt, die auf kein Gesetz sondern statt dessen auf einen Satz des Gewohnheitsrechts zurückzuführen wären, hat es nie gegeben [59]). Nur so weit es auf die erst *in iudicio* zu erörternden Fragen, also zumal darauf ankam, welche Ansprüche und Gegenansprüche bei einer gegebenen Formel zu berücksichtigen seien, vermochte das Gewohnheitsrecht, unabhängig von der Prozessgewalt, sich geltend zu machen; bei allen *in iure* zu entscheidenden Fragen aber, namentlich bei der Aufstellung neuer und Veränderung alter Formeln ist kein Gewohnheitsrecht denkbar, das seinen Ausdruck in anderem als den Handlungen eben der Prozessgewalt gefunden hätte. Dabei macht es nicht den mindesten Unterschied, ob man an Spruch- oder an Schriftformeln denkt. Zur Zeit des alten Legisaktionsprozesses war der Einfluss der Prozessleitung, vertreten durch Magistrat und Pontifices, auf die Gestaltung der Spruchformeln sicher um nichts geringer als später der des Prätors auf die Schriftformeln; wer sich die geringste Abweichung erlaubte, nur ein Wort änderte an der von ihnen gewollten Norm, ward deshalb sachfällig [60]).

Dass die prozessleitende Gewalt auch vor ihrer Konzentration in der Prätur neue auf keine *lex* gegründete Aktionen geschaffen haben sollte, *actiones honorariae* der vorprätorischen Zeit, ist nicht geradezu undenkar, in weiterem Umfange aber, wie schon gezeigt ist, schwerlich anzunehmen. Ebenso wird

---

58) Mit der oben V. 93 u. 94 bereits angedeuteten Ausdehnung.

59) Wo die Annahme sich findet beruht sie auf unklaren Anschauungen und unausgedachten Gedanken. Man versuche von der Einführung einer solchen *a. ciuilis nec legitima nec honoraria* sich ein Bild zu machen: dass die Parteien nie mit neuen Sprüchen eigener Erfindung zugelassen worden sind, scheint nach Gajus (IV. 11) und allem was wir sonst darüber wissen unzweifelbar; eine neue Schriftformel aber konnte wol erbeten und vom Prätor gegeben werden, doch indem er sie gab machte er sie eben damit zur *a. praetoria*.

60) Vgl. hiezu oben III. S. 64 u. 65.

kaum an zahlreiche Schöpfungen der Prätoren vor dem Erscheinen des *ius Aelianum*[61]) zu denken sein.

Es bleibt also nur die Alternative: entweder *actiones ex lege*, einschliesslich der gleich nach den Zwölftafeln aus uraltem Gewohnheitsrecht vielleicht mitübernommenen Prozessformen, oder *actiones honorariae*.

Ob *ex lege* ob nicht, darüber werden bei diesen Klagen die wenigsten schwanken[62]); mehr Vertreter hat gefunden die Ansicht, die sie auf ältestes Gewohnheitsrecht zurückführt. Gibt man die Unhaltbarkeit auch dieser Meinung zu, so wird es notwendig sie als *actiones honorariae* anzunehmen, die wahrscheinlich *praetoriae* und von postaelianischem Ursprung sind.

Von der Entstehung der in Rede stehenden Aktionen ist uns mehr zu wissen nicht gegeben. Desto fruchtbarer scheint der Boden für Hypothesen. Eine sehr ansprechende[63]) bringt, wenn nicht alle Kondiktionen im w. S., so doch die *b. f. iudicia* mit der *legis actio per condictionem* in Verbindung. Als Anhaltspunkte hiefür werden angegeben: die Stellung der *actiones b. f.* in der Pandektenordnung; zweitens die Notiz bei Gajus IV. 33[64]). Dringend zu vermuten, dass gerade jene *l. a.* dem späteren Verfahren sich am meisten angenähert hat, woneben ein Hineinragen des Verfahrens durch *concepta uerba* (Schriftformeln) in die Legisaktionsperiode[65]) sicher anzunehmen sei. — Es liesse sich noch anführen, dass hieraus der weitere Gebrauch des Wortes *condictio* die beste Erklärung fände, sowie dass auch die Konkurrenzkondiktionen auf einen solchen Entwickelungsgang hinzuweisen scheinen. Dies bedarf der Erläuterung.

---

[61]) Vgl. Leist Rechtssyst. 17.

[62]) Doch darf man sich hiefür nicht unmittelbar auf de off. III. 61, beziehn; denn Cicero nennt die "*in quibus additur ex fide bona*" nicht schlechthin "*sine lege iudicia*", sondern sagt nur dass bei ihnen "*dolus malus erat uindicatus sine lege*", was die Möglichkeit nicht ausschliessen dürfte, dass dies *iudicia ex lege* gewesen seien, die nur die Ausdehnung auf den *dolus* nachträglich und *sine lege* erhielten.

[63]) Vgl. Demelius Zschr. f. R. G. II. 236 f.

[64]) Hiezu Demelius Rechtsfiktion 50 f.

[65]) Gerade in dieser noch wenig verbreiteten Anschauung, vgl. Zschr. f. R. G. V. 341 f., freue ich mich besonders mit D. übereinzukommen. Neuerdings zeigt sich auch Kuntze, Exkurs. 209, derselben zugänglich.

Man ist bereits gewöhnt daran[66]), Strafklagen, besonders die Aktionen wegen *damnum iniuria datum* und wegen *furtum*, in gewissen Anwendungen als Vorläufer der Geschäftsklagen aufgefasst zu sehn. In demselben Verhältnisse scheinen aber auch manche Anwendungen der Kondiktion *ex re* gestanden zu haben. Die Geschäfte selber erzeugten einstweilen keine Klage, wollte man einander fest d. h. klagbar binden, so musste der massgebende Wille in die Stipulationsform gekleidet werden; wo dies unterlassen wurde, fanden die gröbsten Verstösse wider die Vertragspflichten Ahndung als Delikte, sodann gaben Bereicherungen eines Teils auf Kosten des andern, aus dem Geschäft aber wider die Absicht des Geschäfts[67]), die Repetition. Der Verkürzte behauptet hier einfach ein "*dari oportere*", darüber ward ein Richter bestellt, vermochte dieser die Auffassung des Klägers sich anzueignen, so erfolgte die Kondemnation bis zum Betrage der Bereicherung. Bestimmte Grenzen existirten für dies Verfahren nicht, die "*disputatio fori*" und die "*auctoritas prudentium*" konnte sie jeden Tag umstecken. Gegen Socius und Mandatar, gegen Käufer und Verkäufer u. s. w. konnte in dieser Weise[68]) vorgegangen werden, nicht minder wider Herren und Vater[69]) wo diesen Vorteil aus den Geschäften ihrer Abhängigen zugeflossen, oder gar sie selber als die eigentlichen Urheber der Kontrakte zu betrachten waren. Strafklagen und Kondiktion ergänzten einander in ihrer Wirksamkeit, nichts desto weniger blieb der gewährte Rechtsschutz ein unvollkommener. Inzwischen individualisirten sich, sonderten und entwickelten sich die einzelnen Geschäfte in Brauch und Sprache immer mehr. Was Wunders dass die prozessleitenden Behörden dahin kamen,

---

66) Sieh namentlich Ihering Schuldmoment 24 f.

67) Z. B. wenn wer, wie dies dem Q. Roscius vorgeworfen wurde, Gelder die der Societät geschuldet gewesen waren, für sich vereinnahmt hatte.

68) Vgl. die oben N. 8, angeführten Stellen und vornehmlich das zu N. 18, ausführlich besprochene fr. 12 de nouat. 46, 2.

69) Cf. § 8 I. q. c. eo q. in al. pot. 4, 7; fr. 29 de R. C. 12, 1 (Paul.). Die Neuerung, die Julian befürwortet, besteht nicht etwa darin, dass überhaupt wider den Herrn die Kondiktion gegeben, sondern dass, wo ein Institor bestellt ist, jedes Geschäft desselben als "*quasi iussu*" des Herrn geschlossen angesehen werden soll. fr. 17 § 4, § 5 de inst. a. 14, 3 (cf. fr. 5 § 1 de exerc. a. 14, 1); fr. 5 pr. q. iussu 15, 4 (cf. fr. 1 pr. eod.; fr. 1 pr. de in r. u. 15, 3 — fr. 152 § 1, fr. 169 pr. de R. I. 50, 17).

Aktionen aufzustellen, die die Frage ob Grund vorhanden zum Eingreifen der Staatshülfe, "*dari oportere*", nach wie vor dem Judex überliessen, mit einer beschränkenden Klausel (*demonstratio*, *praescripta uerba*) aber denselben banden diesen Grund nur auf dem Gebiete eines solchen individualisirten Geschäfts zu suchen; zugleich gleichsam zum Ersatz für diese Beschränkung, die weitere Prozessführung dem Charakter des Geschäfts, d. h. demjenigen was die Parteien bei Abschluss desselben gewollt und beabsichtigt hatten, desto näher anschlossen, *in iure* indem die Formel auf *fieri praestari restitui oportere* und ähnliches ausgedehnt wurde, *in iudicio* indem die Richter nach und nach mehr Rechtsverbindlichkeiten herausfanden von denen die frühere Zeit nichts geahnt hatte. In dieser Weise scheint die Kondiktion, wo sie später noch als Konkurrenzklage erhalten blieb, als der Kern, oder sagen wir mit Rücksicht auf die Deliktsaktionen, als der Halbkern gedacht werden zu müssen, aus welchem die Entwickelung der gewöhnlichsten Geschäftsklagen, und nicht minder der s. g. *actiones adiecticiae qualitatis* vor sich gegangen ist.

So schön aber dies alles ineinander zu greifen scheinen mag, man wird dennoch davon wenigstens abstehn müssen, die Formeln der *b. f. iudicia* aus der *l. a. p. condictionem* herzuleiten. Dem widerstrebt bei der *a. fiduciae* das wahrscheinlich höhere Alter dieser Klage, ebenso bei der *a. ex stipulatu*, vielleicht auch bei der *ex testamento*. Beide letztgenannte sind nun zwar selber nie *bonae fidei* geworden; ist aber einmal die Unabhängigkeit der *a. ex stip.* von der *l. a. p. c.* anerkannt, so wird man nicht lange darüber im Zweifel bleiben, dass äusserlich alle die hier zusammengestellten Aktionen der *a. ex stip.* näher verwandt sind als der *l. a. p. c.*, daher auch eher als Nachbildungen jener zu betrachten sein werden.

Diese Vermutung, dass die *a. ex stipulatu* das Vorbild der *b. f.* Kontraktsklagen gewesen, findet Unterstützung in der präsumptiven geschichtlichen Entwickelung der Geschäfte selber, insbesondere des für die Klagbarkeit massgebenden Moments. Die Römische Sitte, Kauf und Miete und ähnliche Geschäfte in Stipulationsformen zu kleiden, hat bekanntlich bis in die Zeit der Pandektenjuristen hinein fortgedauert, trotzdem damals auch der nackte Konsensus in diesen Anwendungen bereits klagbar geworden war. Das erklärt

sich einmal aus dem Beharrungsvermögen wohl begründeter Sitten und Gebräuche auch nach dem Fortfall ihres ursprünglichen Grundes, demnächst aus dem Vorteil neben der eigentlichen Geschäftsklage überhaupt ein zweites, und wegen der grösseren Beschränktheit des richterlichen Officiums in manchen Fällen dem Kläger annehmlicheres Rechtsmittel zu besitzen. Entstanden aber können wir uns dieselbe Sitte doch nur zu solcher Zeit denken, wo der formlose Abschluss noch nicht obligirte[70]. Die Zeugnisse von Varro Cato Plautus[71]) entsprechen dieser Auffassung. Noch bei Varro scheint bisweilen unter den Worten "*emere*" "*uendere*" u. s. w. geradezu der Abschluss[72]) der bezüglichen Geschäftsstipulationen verstanden zu sein. Wol möglich dass man mit den Namen *actio empti*, *actio uenditi* gleichfalls die Klagen aus diesen Stipu-

---

70) Denn sicherlich lag der Gedanke, dass man wegen einer Sache zwei Klagen sich zu schaffen bedacht sein müsse, einer naiven Rechtsanschauung fern. Auch könnte der Unterschied im *officium iudicis* dazumal noch kein grosser gewesen sein.

71) Was ich früher behauptet (Kr. Zschr. f. R. W. I. 444), halte ich auch jetzt noch aufrecht, dass die von Cato und Varro bezeugten Einkleidungen der fraglichen Geschäfte in die Stipulationsform aufgekommen sind zu einer Zeit, wo der formlose Konsensus eine streng bindende Verpflichtung nicht erzeugte. Dagegen Demelius (Zschr. f. R. G. II. 200):

> Wo haben wir bei Plautus eine solche Einkleidung gefunden? Nur Kautionen und das Versprechen Eviktion zu prästiren erscheinen ganz wie auch späterhin in Stipulationsform.

Ich replizire I.: Fehlten die Einkleidungen bei Plautus wirklich, so würde dies Varro und Cato gegenüber, deren Darstellungen als sich gegenseitig ergänzend angenommen werden müssen, und von denen der zweitgenannte ein wenig jüngerer Zeitgenosse unseres Dichters ist, nur für die Ungenauigkeit der Darstellung in den Komödien sprechen können.

II. Glaube ich vielfache Spuren der Einkleidungen auch bei Plautus zu sehn, alle *leges* und *uerba concepta* die bei den fraglichen Geschäften erwähnt werden erscheinen mir als solche, desgleichen "*si quisquam hanc liberali causa manu adsereret mihi omne argentum redditum iri*" (Curc. IV. 2, 4 s.), "*sanum futurum*" (Men. V. 4, 6). Auch in den promissorischen Eiden scheinen wirkliche Promissionen zu stecken (vgl. Beilage F.). Dass bei manchen Kaufgeschäften der Einkleidung nicht gedacht wird, ist ebenso wahr wie indifferent; die Erwähnung lag ausserhalb der Zwecke des Dichters.

72) II. 3, 5: *de emptione aliter . . . quod capras sanas sanus nemo promittit . . . itaque stipulamur . . .* II. 4, 5: *emi solent sic: illas sues . . . spondesne?* II. 5, 11: *eos cum emimus domitos stipulamur sic . . .* II. 7, 6: *. . . emptio equina similis fere ac boum . . . . ut in Manilii actionibus sunt perscripta.*

lationen belegte. Wie die Stipulationen noch in Uebung blieben als sie zur Klagbarkeit nicht mehr erforderlich waren, ebenso wurden auch damals schon als sie diese Bedeutung noch besassen, viele Käufe ohne jene Form geschlossen: teils weil beide Teile sofort erfüllten; teils weil dieselben das erforderliche Zutrauen zu einander hatten, und bei geringen Objekten die Unbequemlichkeit der Formalität, die um wirkliche Sicherheit zu geben auch Zeugenzuziehung heischte, schwerer wog als die Rechtsunsicherheit. Es ist ein völlig naturgemässer Fortschritt, dass allmählich das Anwendungsgebiet und das Ansehn dieser nichtstipulirten Geschäfte zunahm, während zugleich die Stipulationsformalien einfacher [73]) wurden. Bei Plautus finden sich Spuren, dass zuweilen der ganze Kauf mit Frage und Antwort [74]) geschlossen wurde; vielleicht ist dies eine Zwischenstufe, und mochten, wo das "*emptum est*" mit genügender Feierlichkeit festgestellt war, die einzelnen Bedingungen gelten wie sie einfach verabredet nicht stipulirt worden, eventuell auch nach den gangbarsten *leges* präsumirt [75]) werden. Nur ein kleiner Schritt vorwärts, dass man danach auch diese Generalstipulation als unwesentlich betrachtete, und die *actiones empti et uenditi* gab sobald nur überhaupt der auf Kauf und Verkauf gerichtete Wille genügend zu konstatiren war. Konsequent war es hiebei aus den Formeln das "*quod . . . stipulatus est*" fortzulassen, und durch "*quod emit*" oder "*quod uendidit*" zu ersetzen.

In gleicher Weise ist neben den *actiones locati* und *conducti* namentlich auch die *a. rei uxoriae* aus den Kautionen [76]), welche die Restitution der Dos betrafen, hervorgegangen zu denken.

Wahr ist dass hiemit die Ausdehnung des Namens *condictio* auf die *a. ex stipulatu* und ihr Gefolge, desgleichen die

---

[73]) Aehnlich wie in späterer Zeit gestattet wurde die wirkliche Vornahme dieses Formalakts durch einen schriftlichen Vermerk zu ersetzen.

[74]) Epid. III. 4, 35: *estne empta mihi haec? — istis legibus habeas licet.* Capt. I. 2, 76: *age sis, roga. — emptum? nisi qui meliorem adferet*
quae mi atque amicis placeat condicio magis.
quasi fundum uendam, meis me addicam legibus.

[75]) Analog der Regel "*quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudiciis debent uenire*".

[76]) Hiezu Beilage G.

Anordnung des prätorischen Edikts nicht ganz aufgehellt wird. Die vollständige Aufklärung scheint eben zur Zeit noch ausser dem Bereich unseres Vermögens zu liegen; so weit aber wie wir mit Sicherheit sehn, zeigt sich, auch in Gajus IV. 53, nichts was unsern Hypothesen [77]) im Wege stünde.

---

[77]) Beiläufig noch dass mir nur an der Klarlegung der Grundzüge gelegen sein kann; ich greife einzelne Institute als Repräsentanten der übrigen heraus, freilich in der Meinung dass diese übrigen mit jenen in ihrer Entwickelung meist dieselbe Richtung eingehalten haben werden, aber ohne darum eine nähere Berührung oder gar ein Zusammenfallen der Wege zu behaupten. Wie ich schon die Uebereinstimmung der Formeln dahingestellt sein lasse, ebenso möchte ich nicht für die gleichzeitige Einführung aller *actiones ex consensu* eintreten, ebenso wenig für die gleichmässige Vorbereitung aller durch Stipulationen, wovon bei Mandat und Societät zu wenig bekannt ist. Auch die Degenkolbsche Herleitung der Miete aus einem Realvertrage (Platzr. u. M. 188 f.) könnte ich mir gefallen lassen, es wäre dies ein erstes Entwickelungsstadium, dem dann ein zweites gefolgt wäre in dem der Konsens schon sich breiter machte, aber noch an feste Formen gebunden war. Zweifel wider diese Theorieen erwachen mir zumal aus der andern Spezies der Lokation, die ich doch kaum für jünger halten kann (s. aber auch Dernburg Kompens. II. Aufl. 599).

VIII. KAPITEL.

BONAE FIDEI ACTIONES.

Eine beträchtliche Zahl der Kondiktionen i. w. S. findet sich bei Cicero[1]) bezeichnet als "*iudicia*", oder "*arbitria quibus additur ex fide bona*", bei Gajus und in den Pandekten[2]) als '*bonae fidei iudicia*". Der Name beruht auf dem Formelzusatz, der in die Intention eingefügt wird. Schon bei Cicero aber werden andere Aktionen, mit nicht gleichlautenden doch ähnlichen Intentionszusätzen, den eigentlichen *actiones b. f.* gleich geordnet; so die *a. fiduciae* und *a. r. uxoriae*[3]). Zu *b. f.* Aktionen werden später auch einzelne Nichtkondiktionen[4]) erklärt: *familiae erciscundae, communi diuidundo, hereditatis petitio.*

Ebensowenig wie hierüber besteht ein Zweifel über die praktische Bedeutung des Zusatzes, das *officium iudicis* zu erweitern. Die Erweiterung geschieht in dem Sinne, dass damit die Kraft des konsensuellen Moments bei den zu Grunde liegenden Geschäften gemehrt wird. Der Konsens wird einer etwa konkurrirenden *res* gegenüber selbständiger, es wird nicht einfach repetirt was dem andern Teile zugeflossen ist; zugleich emanzipirt sich der Wille von der Form. Zu beachten hat hiernach der Judex neben dem gebrauchsmässig ausgesprochenen jeden überhaupt vorhandenen geschäftstüchtigen Willen, und neben dem vorhandenen auch noch den

---

[1]) De off. III. 61 u. 70; top. 66; cf. de nat. deor. III. 74.

[2]) Gai. IV. 62; fr. 84 § 5 de leg. I (Julian).

[3]) De off. III. 61, 70; top. 66; de nat. deor. III. 74.

[4]) Gai. IV. 62; § 28 I. de act. 4, 6.

nach Sitten und Gebrauch der Zeit[5]) zu präsumirenden. *"fides"*, *"bona fides"* bezeichnet auf der einen Seite das Zutrauen das in jemand gesetzt, auf der andern die Zuverlässigkeit mit der dem Zutrauen entsprochen[6]) wird. Jeder Verstoss gegen eine berechtigte Erwartung, die der andere Teil gehegt hat oder doch hätte hegen können, erscheint als Verletzung der *fides*, und ist nach Massgabe unserer Klausel in die richterliche Berechnung hineinzuziehn. So kommt es dass tausenderlei, meist Handlungen und Unterlassungen des Beklagten, *dolo* und *culpa* Begangenes, aber auch *casus* wo der Wille sich hierauf erstreckt, *"uenit in actionem"*, und dass wieder alle die hieraus erwachsenden Ansprüche ihre Verfolgbarkeit verlieren, sobald Umstände eintreten, welche die Verfolgung als eine wider Willen und berechtigte Erwartung der Parteien eintretende erscheinen lassen. Besonders nahe gelegen zu haben scheint den Römern der Gedanke, dass die Erwartung, Ansprüchen aus einem Geschäfte gegenüber abzurechnen mit Gegenansprüchen aus demselben Geschäfte, eine voll berechtigte sei, und so finden sich zwischen den *b. f.* Judizien und der Kompensationsberechtigung[7]) von Anfang an die nächsten Beziehungen.

Die naturgemässe Mannigfaltigkeit des Lebens steifen Regeln zum Opfer zu bringen, liegt überall nicht in der Römischen Art. Sehn wir nun schon bei den Aktionen die nicht *bonae fidei* sind dem richterlichen Offizium bald weiteren bald engeren Spielraum[8]) geben, so dürfte man von vornherein nicht Alle die in diesen freieren Sachen zu sprechen haben für völlig gleich gestellt halten mögen. Es wird zu unterscheiden sein, welche Befugnisse die Klausel stets in das Offizium bringt, wie z. B. zur Berücksichtigung des Dolus, der Gegenforderungen *ex eadem causa*, des *pactum de non petendo*, zur Abnahme eines *iuramentum in litem;* und welche weiteren Be-

---

5) Fr. 31 § 20 de aed. ed. 21, 1. Ulp.

6) I. M. Gesner s. t. u.: *fides est persuasio et quidquid illam efficit.* — Plaut. Asin. II. 4, 52: *"fidem huic non habitam"*. — Bei weitem häufiger in der andern Bedeutung *fidei credere*, — *mandare*, *fretus fide*, *fidem seruare*, — *perdere*, — *accusari*, — *crimine haberi.*

7) De off. III. 70 *quid quemque cuique praestare oporteret.* — cf. top. § 66.

8) Man gedenke beispielsweise der Differenz der richterlichen Stellung bei einer *cond. furtiua* oder *a. l. Aquiliae*, und bei einer *certi condictio* mit *certa condemnatio.*

fugnisse auf der besondern Natur des einzelnen Geschäfts beruhen, betreffs deren die augenfälligsten Verschiedenheiten, z. B. bei der Beachtung von *culpa* und *casus*, sich herausstellen.

Was derartiges weiter aus dem fertigen Rechte noch zu eruiren wäre interessirt uns hier nicht, desto mehr der Prozess des Werdens. Ich konzentrire mich auf zwei Behauptungen, die so sehr sie demjenigen entsprechen, was über die Entwickelung des Römischen Rechts im allgemeinen bekannt ist, dennoch zur Zeit nicht rezipirt sind:

I. Sowenig wie sämmtliche Aktionen, die später als *bonae fidei* genannt werden, zu gleicher Zeit in die Rechtspraxis eingetreten sind, ebensowenig haben alle zugleich den *b. f.* Charakter angenommen; manche, und zwar nicht blos die beiden Teilungsklagen und die *hereditatis petitio*, sind erst nach längerem Bestehen *bonae fidei* geworden.

II. Auch die praktische Wirkung der *b. f.* Klausel hat dem Einfluss der Zeit unterlegen, sie ist allmählich gewachsen. Die Beweisführung für beide Sätze ist nicht wohl zu trennen, wenn Wiederholungen vermieden bleiben sollen.

Der Ausdruck *bona fides* war Plautus[9]) wohl bekannt, dass derselbe zu der Zeit schon in Prozessformeln Aufnahme gefunden, ist noch nicht erwiesen. Dagegen aber wissen wir, dass wenn dies wirklich geschehen sein sollte, seine Bedeutung dazumal eine überaus geringe gewesen sein müsste. Im Judizium konnte nichts Beachtung finden was nicht zwischen den Parteien speziell vereinbart worden wäre, der Richter hatte auf nichts zu sehn als worauf zu sehn er ausdrücklich geheissen war. Das beweisen schladie *leges locationis* bei Cato[10]); völlig übereinstimmend die kostbare *lex* in der Asinaria[11]). Daneben konnte von freier

---

9) Aul. IV. 10, 42; Capt. IV. 2, 112; Most. III. 1, 140; Pseud. IV. 6, 33. Eine technische Bedeutung wird aus diesen Stellen schwer herauszufinden sein

10) Vgl. Zschr. f. R. G. III. 424 f., insbesondere 436—7, 442—5.

11) Asin. IV. 1, 1—64. Die ganze Scene enthält nichts als Vorlage und Billigung eines *sungraphum:*

inter me et amicam et lenam: leges pellege.

Der Scherz wäre ohne Spitze, wenn dergleichen spitzfindig detaillirte Leges damals im Geschäftsleben nicht an der Tagesordnung gewesen wären. Besondere Aufmerksamkeit verdienen noch die verschiedenartigen Festsetzungen gegen Vertragsbruch: "*conburas si uelis*", "*caeca continuo siet*", "*haec multa ei esto, uino uiginti dies ut careat*"; auch die Klausel, deren allzu wörtliche

Bewegung im richterlichen Offizium keine Rede sein. Eine Einigung über die einzelnen Judizien welchen die Klausel zukomme, so wie über die Tragweite derselben scheint vor Q. Mucius kaum stattgefunden zu haben.

Auf ihn beruft sich Cicero [12]), und die Worte, die er ihm in den Mund legt, müssen den Gedanken an alles schon früher von der Tradition in diesen Beziehungen festgestellte fern halten. Daran schliessen sich andere, einzeln minder gewichtige, aber einander unterstützende Zeugnisse. Die Bedeutung der *b. f.* Aktionen scheint Cicero zum grösseren Teile in ihrer dem Dolus [13]) feindlichen Tendenz zu suchen. Doch kaum eine Generation vor ihm waren manche der hiefür wichtigsten Fragen noch nicht beantwortet, ja kaum gestellt. "*cum ex XII. tab. satis esset ea praestari quae essent lingua nuncupata, ... a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*". Und wie alt ist diese von den Jurekonsulten ausgegangene Ahndung des *dolus?* Der Belag bei Cicero [14]) für die Einführung des Satzes,

> *quidquid esset in praedio uitii id, si uenditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere,*

ist ein Spruch des M. Cato ("*huius nostri Catonis pater*") in der Kaufsache des Calpurnius Lanarius wider den Claudius Centumalus. Dieselbe Erzählung kehrt bei Valerius Maximus [15])

Auslegung der Liebhaber fürchtet und der Ratgeber als möglich anerkennt: "*scio captiones metuis*".

[12]) De off. III. 70: *Q. quidem Scaeuola pontifex maximus summam uim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur 'ex fide bona'. fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque uersari in tutelis societatibus* &c. Hieraus folgt unweigerlich zweierlei: dass zur Zeit dieses Scaevola die "*summa uis*" allgemeine Anerkennung noch nicht gefunden hatte; dass die Zahl der *b. f.* Judizien oder Arbitrien noch keine geschlossene war, sonst müsste das "*b. f. nomen existimabat manare latissime*" mit nachfolgender Aufzählung der einzelnen geradezu töricht erscheinen. Jenes findet dann im unmittelbar Folgenden Bestätigung:

> *in his magni esse iudicis statuere (praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria) quid quemque cuique praestare oporteret.*

Denn auch diese Relation wäre unbegreiflich, wenn der Ausspruch die Zeitgenossen Scaevolas nicht als ein neuer frappirt hätte.

[13]) De off. III. 61: *iste dolus malus et legibus erat uindicatus, . . . et sine lege, iudiciis in quibus additur "ex fide bona"*. de nat. deor. III. 74.

[14]) De off. III. 65; — cf. 66.

[15]) Valerius Maximus VIII. 5, 1. — Bethmann-Hollweg Civ. Proc. I. § 25 N. 27 scheint trotz Cicero den "*inclytus Cato*" auf den Censorius zu deuten.

wieder, in einer Form die jeden Zweifel wenigstens daran ausschliesst, dass man in Rom sich gewöhnt hatte die Entstehung der Regel auf diesen Fall zurückzuführen. Ausdrücklich mag noch hervorgehoben werden, dass nach beiden Berichten die Formel auf

quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona

gestellt worden war, und dass das Auffallende und Neue nicht sowol in dieser Formulirung, als in der daraus erfolgten Kondemnirung wegen Dolus gelegen hatte.

Etwas später trägt folgender Prozess[16]) sich zu:

> *M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae uendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. eae . . . seruiebant sed hoc in mancipio Marius non dixerat. adducta res in iudicium est. Oratam Crassus Gratidianum defendebat Antonius. ius Crassus urguebat: quod uitii uenditor non dixisset sciens id oportere praestari; aequitatem Antonius: quoniam id uitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes uendidisset, nihil fuisse necesse dici, nec eum esse deceptum qui id quod emerat quo iure esset teneret.*

Es ist überaus interessant hier der Entwickelung des *ius ciuile* zu folgen. Der Anwalt der vor Cato für Inbetrachtnahme des Dolus plädirte, konnte sein Verlangen einstweilen auch nur auf die *aequitas* stützen. Nachdem er dies Mal damit durchgedrungen, und die spätere Praxis dem gefolgt war, gilt derselbe Satz, wir wissen nicht genau wie bald nachher, aber noch vor vollendetem Generationswechsel als festes Stück des *ius ciuile*. Und dawider wird, nur um eine rationelle Einschränkung durchzusetzen, von neuem die *aequitas* ins Feld geführt; jetzt scheint der Sieg nicht auf den ersten Anlauf gewonnen[17]) zu sein, an dem späteren Erfolge[18]) ist kein Zweifel.

---

[16]) Cic. de off. III. 67.

[17]) Ich folgere dies daraus, dass Cicero bei der älteren Bezugnahme auf diesen Fall (de orat. I. 178) den Crassus als Referenten fungiren lässt, an beiden Stellen aber über die Entscheidung schweigt. Sollte die Sache durch Vergleich abgetan sein? Jedesfalls wird man annehmen müssen, dass die Rechtsfrage auch zu der Zeit da die Offizien geschrieben wurden noch als offene gegolten hat.

[18]) Cf. fr. 16 § 1 de pign. a. 13, 7 (Paul.); — c. 18, 27 de euict. 8, 45 Diocl. et Max.); — c. 7 comm. utr. iud. 3, 38 (Diocl.).

Hält man beide Sachen zusammen, so sieht man deutlich dass sowol die Bedeutung wie die Begrenzung des Dolus noch in den ersten Entwickelungsstadien stehen. Demgemäss ist dem Verkäufer eines Hauses [19]) nicht zu helfen, der

in mancipio lumina uti tum essent, ita recepit;

sobald nur in der Stadt irgend gebaut wird was von dem Hause aus zu sehn ist, klagt der Käufer, und mit Erfolg. — Aus der Differenz zwischen Canius und Pythius [20]) ist wenigstens soviel zu ersehn, dass die die *a. ex empto* trotz ihrer *bonae f.* Natur das volle Anwendungsgebiet einer *a. de dolo* noch nicht innehatte:

stomachari Canius: quid faceret? nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas.

Im Einklang hiemit steht auch die Ungeschicklichkeit im Gebrauch der *exceptio doli*, zumal wenn dieselbe als Organ benutzt werden soll den wirklichen Parteiwillen wider die Resultate von Formalgeschäften zur Geltung zu bringen. So berichtet Valerius Maximus [21]) von einer nach späterem Recht

---

[19]) De orat. I. 179: "*egit statim cum Buculeio, quod cuicumque particulae caeli officeretur, quamuis esset procul, mutari lumina putabat*". Offenbar hat Käufer dies mehrfach getan, kann also nicht füglich mit der ersten Klage schon abgewiesen sein. Zudem ist vorher gesagt: "*quo in genere B., homo a meo ingenio stultus et suo ualde sapiens, et ab iuris studio non abhorrescens, simili in re nuper errauit*".

[20]) De off. III. 58, 59. Durch recht künstliche Veranstaltung ist Canius von Pythius absichtlich über den Wert eines Grundstücks geteuscht:

emit homo cupidus et locuples tanti quanti Pythius uoluit, et emit instructos. nomina facit, negotium conficit.

Wie sich die Teuschung herausstellt, ist ihm nicht zu helfen.

Die Grösse des Abstandes von dem Recht der klassischen Periode ist mir nicht ganz klar ersichtlich. In dieser möchte man annehmen habe der Käufer *ex empto* wegen groben Betrugs auf Aufhebung des ganzen Geschäftes und Restitution des Geleisteten klagen können; zum wenigsten hätte der *dolus* eine Einrede wider die Preisforderung und entsprechend eine *condictio indebiti* nach Preiszahlung gegeben, die für *nomina facta* zur *incerti cond.* geworden wäre. Beides erscheint zweifelhaft, da auch Ulpian noch in einem ähnlichen Falle auf die streng subsidiäre *a. de dolo* verweist:

fr. 37 de dolo 4, 3: . . . . *si uero decipiendi emptoris causa dictum est, aeque sic habendum est ut non nascatur aduersus dictum promissumue actio, sed de dolo actio.*

Ein näheres Eingehn auf das Recht der späteren Zeit ist hier nicht am Ort.

[21]) Val. Max. VIII. 2, 2. Der Bericht ist keineswegs korrekt. Der

selbstverständlichen Entscheidung des C. Aquilius in einer Weise die deutlich bekundet, wie sehr dieselbe seine Zeitgenossen frappirt hatte:

> *de qua re C. Aquilius, uir magnae auctoritatis et scientia iuris ciuilis excellens, iudex addictus adhibitis in consilium principibus ciuitatis prudentia et religione sua mulierem reppulit.*

Auch die Aufnahme der Exception[22]),

> *extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona,*

wenn auch nur in ein Provinzialedikt, muss einer Zeit angehören, der die Handhabung der *doli exc.* noch nicht ganz geläufig war.

Ferner mag noch angeführt werden, dass Cicero[23]) einmal eine Pluspetition bei der *a. tutelae*, freilich der zwölftafelmässigen erwähnt. Auch bei Quinctilian tauchen noch seltsame Zweifel auf über diese Aktion, ohne Einschränkung auf eine Spezies:

> inst. VII. 4, 35: *tutelae praeterea: in quo iudicio solet quaeri, an alia de re quam de calculis cognosci oporteat, an fidem praestare debeat tantum, non etiam consilium et euentum.*

Wichtiger noch dürfte sein, dass bei all den zum Teil anscheinend sehr sorgfältigen Aufzählungen[24]) der *bonae f.* Sachen von Cicero nirgends genannt werden *commodatum pignus depositum.* Dies auf Zufall zu schieben widerstreitet wissenschaftlicher Methode: wir müssen bis auf weiteres annehmen, dass diese Sachen dazumal noch nicht *b. f.* gewesen. Dass sie klagbar gewesen ist für das Kommodat erwiesen, für die andern beiden höchst wahrscheinlich[25]). Also ist die *a. com-*

Akt durch den die *mort. c. donatio* vollzogen worden heisst anfänglich "*CCC. milia nummum expensa ferri sibi passus est*", nachher "*inanis stipulatio*"; auch erwähnt er der Aufnahme der *doli exceptio* in die Formel nicht. Immerhin bleibt soviel bestehn, dass die Römer der Zeit noch nicht daran gewöhnt waren, sich in dieser Weise zu helfen.

[22]) Ad. Attic. VI. 1, 15.

[23]) De orat. I. 167.

[24]) S. d. oben N. 1, aufgeführten Stellen.

[25]) Man müsste denn etwa darauf geben wollen, dass de nat. deor. III. 74 die *a. depositi* bei Aufführung der infamirenden Privatklagen nicht mitgenannt wird. Aber wenn man auch hier kein Uebersehn statuiren will

modati gewis, vermutlich auch die *pignoraticia in personam* und die *a. depositi* eine Zeit lang ohne den Zusatz *ex fide bona* im Gebrauch gewesen. Ueber die *b. f.* Qualität der *a. depositi* scheint der Zweifel sich länger[26]) erhalten zu haben.

Nach allem diesem wird man ein Bild des Entwickelungsganges im Ganzen und Groben sich machen können. Von Einzelheiten aber bleiben viele fraglich, auch betreffs der Gestalt welche die Gruppe im neuesten Römischen Recht angenommen hat: ob die *as. praescript. uerbis* in allen Anwendungen und ob sie völlig *b. f.* geworden? wie weit die *a. ex stipulatu*[27]) und unter welchen Voraussetzungen *b. f.* Charakter erhalten konnte? überhaupt warum man bei diesen Aktionen stehn geblieben, insbesondere warum *communi diuidundo* und *familiae erciscundae b. f.* gewesen, *finium regundorum* nicht, warum *hereditatis petitio* von Justinian dafür erklärt worden, andere Vindikationen nicht? Alle diese Fragen aber führen auf die praktische Bedeutung des *b. f.* Gepräges zurück, und zu Untersuchungen welche wegen der Fülle des zu bewältigenden Materials hier beiseit gelassen werden müssen.

Schliesslich noch eine Konjektur über Entstehung der *b. f. actiones* die auf den Catonischen *leges* fusst. Dreimal. c. 144 § 5, § 6, c. 145, § 9 wird das "*uiri boni arbitratu deducetur*" erwähnt. Der "*uiri boni arbitratus*" soll sich hiernach zunächst auf Abzüge von der Forderung erstrecken, es stand aber nichts im Wege denselben unter Umständen in gleicher Weise auf die Bemessung der Forderung selber zu richten. Nun bedenke man die im älteren Verfahren besonders schroff hervortretende

---

(pro Q. Roscio 16 heissen gar nur die drei *fiduciae tutelae societatis* "*priuata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis*"), bleibt es wahrscheinlicher, dass die prätorische *a. depositi* damals nicht infamirend wirkte (dafür l. Iul. munic. u. 110 s.), als dass dieselbe so beträchtlich später als die *a. commodati* zur Existenz gelangt sein sollte; vgl. auch Beil. E.

[26]) Vgl. fr. 1 § 23 depositi 16, 3 — "*hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet*" hätte Ulpian nimmer gesagt, wenn der Zweifel lange vor ihm schon abgetan gewesen wäre.

[27]) Scharfsinniges und spitzfindiges über das Verhältnis der Stipulation zur *bona fides* im allgemeinen und über das "*ex fide bona*" in den Aktionsformularen der l. Rubria bei Huschke (Gaius 227 f.).
Wenn Hs. Auffassung der *b. f.* Aktionen nicht durchgängig zutrifft, so dürfte dies vornehmlich darauf beruhn, dass er übersieht wie die *b. f.* Klausel auch nachträglich in schon bekannte Klagformeln Aufnahme finden konnte.

Zweigliedrigkeit des Römischen Prozesses; mit dem ersten Teile, mochte dieser sich nun auf ein "*dari fieri oportere*" oder auf ein "*factum esse*" stellen, hat hiernach der *arbitratus boni uiri* nichts zu schaffen, wol aber mit dem darauf folgenden Schätzungsverfahren. Seitdem es dann aufkam dem Richter für seine Tätigkeit schriftliche Vorschriften zu geben, lag es nahe wo derselbe als "*uir bonus*" zu arbitriren hatte, dies in der Formel hervorzuheben; waren also die Kontraktsleges auf den "*arbitratus b. u.*" gestellt, so fand dies in der Schriftformel seinen entsprechenden Wiederhall. Zusätze zu dem "*quanti ea res est* (*erit*)" sind nun freilich nicht bekannt; vielleicht auch nie gegeben worden, weil diese Klausel an und für sich den Richter nicht zu sehr beengte, in dessen *officium* es lag seine Schätzung den Umständen namentlich dem Parteiwillen zu adaptiren. Anders wo beide (Präjudizialprüfungs- und Schätzungs-) Befehle in einen Satz verschmolzen wurden; bei dem "*quidquid dare facere oportet*" mochte es zweifelhaft dünken, welcher Spielraum dem richterlichen Offizium in betreff der Abschätzung verbliebe; wo man sicher gehn wollte nahm man daher das "*ex fide bona*" oder ähnliches in die Formel auf, um ausdrücklich die richterliche Abschätzungsfreiheit zu bezeugen, und zwar geschah dies zunächst in den Fällen, wo die zu Grunde liegenden Verabredungen der Parteien die freie Schätzungsbefugnis des Richters kontraktlich verordnet hatten.

IX. KAPITEL.

DELIKTSKLAGEN.

Ein Teil der aus Delikten erwachsenden Aktionen löst sich allmählich vollständig aus dem Zusammenhang mit dem *ius publicum*. Dieser Ausscheidungsprozess hat sich bei einigen schon zur Zwölftafelzeit, bei andern später vollzogen. Beispielsweise trägt die "*a. furti nec manifesti*" und die gemeine Injurienklage mit der "*poena XXV aeris*" schon damals von publizistischen Elementen nichts an sich; schwerere Fälle des Furtum wie der Injurie aber werden noch nichtprivatrechtlich geahndet. Als vollendet muss die Trennung stets dann angenommen werden, sobald die Strafe nur noch am Vermögen des Verletzers vollstreckt wird und nur dem Verletzten zu gute kommt. Dass die nichtpekuniäre Strafe nur als Drohung gilt, als Mittel eine Paktion auf Geld zu erzwingen, ist eine Zwischenstufe, deren der Uebergang nicht überall bedurft hat. Sobald aber Geld das alleinige Objekt der Forderung aus dem Delikt geworden, erscheint auch das anzuwendende Gerichtsverfahren als ein echt privatrechtliches, von dem in andern Civilsachen nicht mehr unterschiedenes.

Diese Deliktsaktionen sind zweifellose *actiones in personam*, ja es scheint nicht geradezu unmöglich, dass Ulpian[1]) sie den Kondiktionen im w. S. zugezählt haben sollte. Ebenso zweifellos ist dass der Inhalt mancher Deliktsforderungen bald

---

[1]) Fr. 25 pr. de O. et A. 44, 7; die Frage ist von zu geringer Bedeutung um auf die Auseinanderlegung des Ulpianischen Gedankens und des durch ungenauen Ausdruck erweckten Scheins näher einzugehn.

alternativ[2]) bald ausschliesslich[3]) mit einer Kondiktion im e. S. geltend zu machen gewesen. Und wo besondere Deliktsaktionen auftreten, scheinen diese aller generellen Eigentümlichkeiten baar zu sein; so ist beispielsweise die Litiscrescenz und die infamirende Wirkung weder allen gemeinsam noch auf Deliktsaktionen beschränkt.

Den Aktionen aus Furtum und aus Injurie ist aus der Uebergangsperiode[4]) eine besondere Empfindlichkeit für das Paktum geblieben, deren praktische Folgen auch im Justinianischen Rechte[5]) noch hervortreten. Desto ablehnender scheint anfänglich die *actio l. Aquiliae* dawider sich verhalten zu haben. Die Quellen geben uns kein unbedingt sicheres Bild der Entwickelung, wahrscheinlich ist folgendes: die Wirk-

---

[2]) So betreffs der Ansprüche *ex lege Aquilia* fr. 9 § 1 de R. C. 12, 1. Dawider aber dass die *a. l. Aq.* selber eine *condictio* in diesem Sinne gewesen, A. Pernice Z. L. v. d. Sachbeschäd. § 9.

[3]) Nach fr. 1 de cond. ex l. 13, 2, falls die *lex noua* ein Delikt betraf und kein anderes *genus actionis* vorschrieb.

[4]) Die Zwölftafelgesetzgebung scheint in dieselbe mitten hineingefallen zu sein. Für kleine Injurien kann bereits eine feste Geldpön verordnet werden, für die grösseren gilt das "*ni cum eo pacit talio esto*". Beim nicht hanthaften Diebstal wird die Paktions- oder Decisionssumme, vermutlich im Anschluss an konstante Uebung, fixirt auf das Duplum, beim hanthaften wiederum freier Vereinbarung überlassen; eine feststehende Gewohnheit scheint für diesen damals noch nicht bestanden zu haben.

[5]) Fr. 27 § 2 de pact. 2, 14 (Paul.): . . . . *sed si pactum conuentnm tale fuit quod actionem quoque tolleret, uelut iniuriarum, non poterit, postea paciscendo ut agere possit, agere; quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est; non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia* — cf. fr. 17 § 1 eod.; fr. 7 pr. de cond. furt. 13, 1; fr. 17 § 6 de iniur. 47, 10; c. 13 de furt. 6, 2. — Eine andere Folge, dass das *pactum de n. p.* bei diesen Klagen stets *in rem* wirkte. Zweifelhafter ob doloses Zustandekommen desselben die Wirkung hemmte, oder nur eine *a. de dolo* u. s. w. begründete; denn das "*quae nec dolo malo facta erunt seruabo*" schlug hier nicht durch, da die Haltbarkeit dieser Pakta überhaupt nicht auf dem Willen des Prätors beruhte; auch Cicero de off. I. 3: . . . "*non nulla legibus*" ist für den Bestand eines gesetzlichen Hemmnisses nicht voll beweisend. Endlich steht die abweichende prozessualische Behandlung ausser Frage, indem in der klassischen Periode, wenn der Magistrat nicht sofort die Aktion denegiren wollte, Insertion einer Exception in die Formel ("*pro fure damnum decidi oportere*", bei der *a. iniuriarum* unbekannt, aber in dieser Beziehung zweifellos entsprechend) unnötig, im späteren Kaiserprozess aber nicht an die für Exceptionsverteidigung gesetzten Fristen und Formen geknüpft war.

samkeit des formlosen *pactum de non. pet.* beruht entweder auf Gesetzen oder auf dem prätorischen Edikt; dieses wie jene haben ihm bis zum Ende der klassischen Periode keine allgemeine ausnahmslose Geltung verliehn, namentlich wirkt es den Aktionen mit Litiscrescenz gegenüber nur falls es "*donationis causa*" geschlossen ist. Im Justinianischen Rechte aber ist aus der Ausnahme Regel geworden, das Paktum wirkt auch wider Litiscrescenzsachen regelmässig, nur dann nicht wenn es als Transaktionspakt der *a. iudicati*[6]) begegnen sollte.

Das *officium iudicis* bei den Deliktsklagen war bald enger bald weiter. Am beschränktesten wo dieselben, wie beispielsweise die gemeine Injurienklage der Zwölftafeln, auf feste Geldpön gingen. Doch stand der Richter auch hier freier als heut zu Tage der Geschworene: zur Tatfrage trat die Rechtsfrage hinzu, ob das Geschehene als strafbare Injurie zu erfassen sei oder nicht. Weit mehre aber scheinen der Sachen gewesen zu sein, wo dem Richter überdies die Schätzung zukam: hier konnten feine und ausgedehnte Untersuchungen erforderlich werden, wenn etwa der durch einen Dolus[7]) veranlasste Schaden, oder der höchste Wert den ein Sklave innerhalb eines Jahres[8]), einschliesslich der durch ihn zu erwerbenden Erbschaften und sonst zugänglichen Vorteile, ermittelt werden musste. Wo es sich um entsprechende Leistungen handelt, nehmen die Klagen die äussere Gestalt der *actiones arbitrariae*[9]) an.

Auch die Berücksichtigung von Gegenansprüchen[10]) ist bei den Deliktsklagen nicht ausgeschlossen. Freilich dass aus einem Delikt, so wie aus einem Geschäfte, reziproke Ansprüche der verschiedenen Beteiligten wider einander er-

---

[6]) Hierüber Beilage I.

[7]) Vgl. z. B. fr. 20 § 1 de dolo 4, 3; hier hat der Richter neben der Prüfung des Dolus den ganzen Betrag, den die *a. pro socio* als Schuld des Beklagten ergeben haben würde, festzustellen.

[8]) Vgl. fr. 51 § 2, fr. 37 § 1 ad. l. Aq. 9, 2.

[9]) Fr. 18 pr. de dolo 4, 3: *arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio sequitur condemnatio quanti ea res est.*

[10]) Die allgemeinste Anerkennung der rechtlichen Bedeutung solcher Kreuzungsverhältnisse scheint ausgesprochen in

fr. 154 de R. I. 50, 17 (Ulp.): *cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor . . . .*

Man vergleiche zum folgenden auch Demelius Jahrb. f. Dogmatik V. 52 f.

wachsen, wird schwer zu finden sein; aber in die Handlungen, welche den Bestand eines Delikts ausmachen, können andere Akte verflochten werden, die wieder für sich ein Delikt ausmachen mögen, und schon dem wenig entwickelten Rechtsgefühl für die Beurteilung jener wichtig erscheinen müssen. Nicht selten dass List der List[11]), Gewalt der Gewalt[12]) begegnet, Schmähungen von der einen Seite abwechseln mit Schmähungen[13]) von der andern. Und die Römischen Deliktsklagen sind durchgängig nicht so steif, um diese Komplikationen von der Rechnung auszuschliessen; ja wir dürfen annehmen, dass meist es nicht einmal der *exc. doli* bedurft habe, die Inbetrachtnahme zu ermöglichen. In diesem Sinne ist zu behaupten, dass die Deliktsklagen auch Kompensation[14]) zuliessen.

[11]) Der Dolus der nur den Zweck verfolgt sich oder andere wider angreifenden Dolus zu verteidigen, ist "*dolus bonus*" (cf. fr. 1 § 2 de dolo m. 4, 3), und als solcher von der Ahndung aus dem Edikt "*quae dolo malo facta esse dicentur* . . ." ausgeschlossen. Wo möglich soll Klage gar nicht gegeben werden:

fr. 36 eod.: *si duo dolo malo fecerint, inuicem de dolo non agent;*

fr. 3 § 3 de eo p. q. fact. c. 2, 10: . . . *neutri eorum praetor succurrere debebit, ab utraque parte dolo compensando;*

in schwierigeren Fällen aber kann der Prätor die heikle Untersuchung ohne weiteres dem Richter überlassen, dem das "*dolo malo*" der Formel zur Berücksichtigung aller hierauf bezüglichen Einreden verpflichtet.

[12]) Der Grundsatz "*uim ui repellere licet*" beherrscht die einschlägigen Rechtsmittel sämmtlich; man vergleiche

fr. 3 de I. et I. 1, 1;

fr. 4 pr. 45 § 4 ad l. Aquiliam 9, 2;

fr. 12 § 1 q. met. c. 4, 2;

fr. 1 § 27, 3 § 9; fr. 17 de ui et u. a. 43, 16.

[13]) Vgl. fr. 17 § 10 de iniur. 47, 10: *plane si defendendi domini gratia aliquid fecerit, rationem ei constare apparet, inque eam rem aduersus agentem exceptio obiicienda erit.*

[14]) Eine andere Art der Kompensation bei Delikten, ist die Kulpakompensation, von der Pernice Sachbesch. 58 f., insbesondere in Beziehung auf das *damnum iniuria d.* handelt, deren Prinzip aber "das Gebiet der Vertragsverhältnisse nicht weniger als das der Delikte [überhaupt] beherrscht" (fr. 57 § 3 de contr. empt. 18, 1, fr. 36 de dolo 4, 3, fr. 39 sol. matr. 24, 3. fr. 3 § 3 de eo p. quem 2, 10, c. 28 ad l. Iul. de adult. 9, 9). Meines Erachtens hält P. dabei zwei Gedanken nicht genügend auseinander: 1. Wenn A wider B, und B wider A etwas begangen hat, so kann unter gewissen Voraussetzungen, nur der auf einer Seite nach Abrechnung verbleibende Ueberschuss des Begangenen dem Erkenntnis zu Grunde gelegt werden. Das

Alles zusammengenommen wird man anzuerkennen haben, dass zwar die Deliktssachen durchschnittlich einfacher sind als die Geschäftssachen, übrigens aber in der Stellung des Richters [15]) unter beiden Arten von Klagen wesentliche Verschiedenheiten [16]) nicht hervortreten. Ebensowenig ist zwischen civilen und prätorischen Klagen [17]) hierin ein Unterschied erfindlich: die *a. l. Aquiliae* steht keiner der andern nach in Bezug auf die Freiheit und Beweglichkeit des richterlichen Arbitriums; wogegen manche der prätorischen Pönalklagen auf feste Geldsummen gehn.

Betreffs der Verknüpfung mit den Personen bestehn einige Eigentümlichkeiten bei den Deliktsklagen, die aber auch wieder nicht durchgängige sind. Insofern es sich um das Verhältnis zum Berechtigten, und den Einfluss von Tod oder

---

ist der Gedanke den wir im Vorstehenden verfolgt haben, und der auch bei der Entscheidung von fr. 52 § 1 ad l. Aquil. 9, 2 als der massgebende sich herausstellt.

II. Wenn A dem B etwas getan hat, B dem A nichts, aber doch durch sein Zutun sei es die Handlung des A veranlasst („*si in loco periculoso sellam habenti tonsori se commiserit*"), sei es den Erfolg der Handlung verschlimmert („*seruus uulneratus neglegentia domini periit*"), sei es überhaupt erst schlimm gemacht hat, so tritt hier ein die Regel des fr. 20 de R. I. 50, 17: „*quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*". Darauf die entsprechenden Entscheidungen in fr. 11 pr., 30 § 4, 52 pr. ad l. Aquil.; P. S. R. I, 15 § 3.

Die Resultate beider Gedanken berühren sich zuweilen, was aber doch die Vermengung nicht rechtfertigt.

[15]) Diese Beweglichkeit wird mehrfach, namentlich bei der *a. iniuriarum* mit ähnlichen Worten wie bei Geschäftsklagen hervorgehoben:

fr. 11 § 1 de iniur. 40, 10: *iniuriarum actio ex aequo et bono est;*

und als Beispiel

fr. 18 qr. eod.: *eum qui nocentem infamauit non esse bonum aequum ob eam rem condemnari.*

Vgl. auch fr. 3 pr. fr. 10 de sep. uiol. 47, 12; ferner fr. 5 § 5 de h. q. eff. 9, 3; fr. 42 de aed. ed. 21, 1.

[16]) Und jener Unterschied besteht auch bei den verschiedenen Geschäftssachen unter sich, eine *actio pro socio* oder *mandati* wird durchschnittlich dem Richter mehr zu tun machen als eine *a. depositi*, die *cond. indebiti* oder *furtiua* mehr als die *a. si certum petetur* aus Darlehn Stipulation oder Literalkontrakt.

[17]) Der Versuch strenge und freie Klagen nach dem Muster der *bon. fid.* und *str. iur. actiones* auch hier gruppenweis zu sondern, kann nur zur Verwirrung führen, vgl. aber v. Savigny Syst. V. S. 118 und Beil. XIII. § 8 u. § 10, v. Keller Civ. Pr. § 88 zu N. 1115—18, Rudorff R. R. G. II. § 42 S. 151—52, v. Bethmann-Hollweg Civ. Pr. II. § 95 S. 299 f.

Kapitisdeminution desselben handelt, wandeln die s. g. *actiones uindictam spirantes*[18]) ihre eigenen Wege; eine Gruppe der bekanntlich die meisten Deliktsaktionen nicht, dagegen auch einzelne Nichtdeliktsaktionen (*querela inoff.*, *reuocatoria* bei Schenkungen) angehören.

Auf der andern Seite scheint die Verknüpfung mit der Person des zu Beklagenden nicht unabhängig gewesen zu sein von dem Verhältnis des Klagenerfolgs (Kondemnationsinhalts) zu dem ökonomischen Erfolge des Delikts. Für dieses sind folgende Möglichkeiten hervorzuheben.

A. Der Klagenerfolg geht völlig selbständig auf feste Geldbeträge;

B. er wird bestimmt durch den Vorteil des Täters, und geht
   a) auf das einfache,
   b) auf das mehrfache, *duplum triplum quadruplum* u. s. w. desselben;

C. durch den Schaden des Verletzten, den er
   a) einfach oder
   b) mehrfach, als *duplum triplum quadruplum* u. s. w. in sich aufnimmt, und zwar
      α) dergestalt dass darin der Ersatz des Schadens miteinbegriffen (*a. ui bon. raptorum*, *q. metus c.*, *a. doli*) oder
      β) dass dieser noch nebenher zu fordern ist.

Zu C a) und b) ist zu bemerken, dass dieser Schaden sehr verschiedene Schätzungen zulässt: man sieht entweder, wie bei der *a. ui b. r.*, auf das "*uerum pretium*", oder wie sonst gewöhnlich auf das Interesse, ein Begriff der bekanntlich so elastisch ist, dass ihm schliesslich stets irgend welche Grenzen mehr oder weniger willkürlich gesetzt werden müssen.

---

18) Uebrigens muss daran erinnert werden, dass auch die Regel, nach welcher Deliktsklagen aktiv übergehn, ihre Geschichte gehabt hat und nicht ohne Widerspruch durchgedrungen ist, dass wir aber die Details dieser Entwickelung umsoweniger festzustellen vermögen, als auch den Römern die Erinneruug daran sehr bald verloren gegangen zu sein scheint. Vgl. Cicero Trebatio (ad fam. VII. 22): *illuseras heri inter scyphos quod dixeram controuersiam esse, posset ne heres quod furtum antea factum esset furti recte agere. itaque . . . id caput ubi haec controuersia est notaui et descriptum tibi misi, ut scires id, quod tu neminem sensisse dicebas, Sex. Aelium M. Manilium M. Brutum sensisse. ego tamen Scaeuolae et Testae adsentior.*

Von all diesen möglichen Bildungen kommt die zu Ba) als prinzipale nur da vor, wo der Vorteil auf der einen und der Schaden auf der andern Seite übereinkommen, so dass der Unterschied, der zwischen Ba) und Ca) sonst besteht, in Fortfall gerät. Desto häufiger tritt dieselbe als sekundäre Bildung auf, nämlich als Umgestaltungsform [19]) in der die Deliktsklagen wider Erben gehn.

Diesen Uebergang auf Erben betreffend wird wiederholt die allgemeine Regel aufgestellt, dass die Pönalklagen aus Delikten überhaupt davon ausgenommen seien:

> *est* [20]) *enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere, ueluti furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae.*

"*ex maleficiis poenales*" sollen nicht übergehn; die Abgrenzung derselben ist nicht zweifellos. Aus fr. 38 de R. I. 50, 17 (Pomp.) ergibt sich dass die "*poena*" da anfängt, wo die Entziehung des "*lucrum factum*" [21]) aufhört; dieser Auffassung gemäss werden die Deliktsklagen wider Erben regelmässig gegeben mit der Einschränkung auf das Mass der Bereicherung die den Erben, nicht etwa den Delinquenten selber, aus dem Delikt geworden. Ausdrücklich wird dies in vielen Stellen als Umformung der ursprünglichen Klage [22]) bezeichnet. Zu-

---

[19]) Fr. 1 pr. de calumn. 3, 6: . . . *intra annum in quadruplum eius pecuniae quam accepisse dicetur, post annum simpli in factum actio competit.*

[20]) § 1 I. de perp. et temp. 4, 12; Gai. IV. 112; fr. 111 § 1 de R. I. 50, 17; fr. 1 pr. de priu. del. 47, 1 (Ulp.).

[21]) Die Justinianischen Institutionen § 19 de act. 4, 6, § 9 de l. Aquil. scheinen den Gegensatz zur "*poena*" nicht im "*lucrum*" auf Seiten des Täters, sondern im "*damnum*" des Betroffenen zu suchen. Hierüber und wider Savignys, Syst. V. §. 210—12, darauf basirte Auffassung jetzt A. Pernice, Sachbesch. § 10. — Feststeht dass, wenn "*poena*" und Schadensersatz einander gegenübergestellt werden, der Unterschied für den Klagübergang wider Erben nach Römischem Rechte ohne praktische Bedeutung ist.

[22]) Z. B. fr. 5 pr. de calumn. 3, 6 (Ulp.): [*haec actio*] *in heredem autem competit in id quod ad eum peruenit.*
§ 1: *sed etiam praeter hanc actionem condictio competit* . . . .
fr. 16 § 2 q. met. c. 4, 2 (Ulp.) *haec actio* . . . *in heredes autem et ceteros in id quod peruenit ad eos datur non immerito;* fr. 19 eod. (Gai.); fr. 17 § 1 (Ulp.), fr. 26 (Gai.) de dolo m. 4, 3; fr. 10 de reb. auct. i. 42, 5 (Paul.); fr. 35 pr. de O. et A. 74, 7 (Paul.); cf. fr. 2 § 27 ui bon. rapt. 47, 8 (Ulp.). Hiernach kann ich Pernice a. a. O. S. 127 nicht beitreten, wenn er sagt:

weilen wird statt der umgeformten ursprünglichen eine neue und zwar *a. in factum* [23]) gegeben, und in einem Falle beides Umformung und Erteilung anderer Klage unterlassen [24]), und dies daraus erklärt, dass zu dem Zwecke, dem Erben das "*quod ad eum peruenit*" abzunehmen, die Kondiktion genüge.

Sehn wir jetzt auf das vorangestellte Schema zurück so ergibt sich als Regel:

dass die unter A) und Cb*β*) gehörigen Aktionen auf Erben gar nicht übergehn,

die unter Ca) und Cb*α*) gehörigen Aktionen aber bei dem Uebergang die zu Ba) bemerkte Gestalt annehmen.

Nur beiläufig und ganz oberflächlich [25]) kann hier ein Punkt berührt werden, der mit dem eben Behandelten in Verbindung gebracht zu werden pflegt. Zwischen der Art der Verhaftung mehrer Mittäter aus einem Delikt, und der Uebergangsfähigkeit der aus dem Delikt erwachsenden Aktionen soll ein gewisser Zusammenhang bestehn [26]). Gewis aber ist derselbe im Römischen Rechte niemals ein sehr inniger ge-

keine einzige Stelle deute an, dass in der Ermässigung der Klage wider Erben auf Höhe der Bereicherung eine Beschränkung prinzipiell (= anfänglich, also zur Zeit des Delikts und wider den Delinquenten) unbeschränkter Haftung liege, und demgemäss behauptet "die Deliktsklagen gegen die Erben sind daher eigentlich lauter *condictiones ex ini. c.*" Wol mochten die fraglichen Ansprüche in vielen Fällen auch mit Kondiktion zu verfolgen gewesen sein, die Juristeu aber sprechen unleugbar davon, dass eben die Deliktsklagen, die wider die Delinquenten selber zu geben gewesen wären, mit der durch angemessene Formeländerung bedingten Einschränkung wider die Erben gegeben werden sollen.

[23]) Fr. 1 § 48, fr. 2 de ui 43, 16, fr. 3 § 18 eod.; cf. fr. 9 pr. eod., c. 2 unde ui 8, 4. Ob die Natur der ursprünglichen Klage (Interdikt) zu dieser abweichenden Behandlung Anlass gegeben, wage ich einstweilen nicht zu entscheiden.

[24]) Fr. 2 § 27 ui bon. rapt. 47, 8 (Ulp.): *et ego puto ideo praetorem non esse pollicitum in heredes in id quod ad eos peruenit, quia putauit sufficeue condictionem.* — Diese Erklärung findet einigermassen Unterstützung in fr. 5 § 1 de calumn. 3, 6, gleichfalls von Ulpian, aus dem auch das noch zu entnehmen ist, dass die Zulassung der umgeformten Deliktsklage wider Erben keineswegs den Schluss auf unbedingte Unzulässigkeit einer Kondiktion begründet.

[25]) Ich hoffe auf diese Fragen an anderer Stelle bald ausführlicher eingehn zu können.

[26]) Statt vieler Savigny Syst. V. § 211 § 234, Pernice Sachbesch. 124 f.

worden. Gerade die Formation, in der Pönalaktionen wider Erben überzugehn pflegen (die zu Ba) genannte), ist, wie bemerkt, keine regelmässige Primärbildung. Auch lässt sich nicht behaupten, dass bei all den Deliktsaktionen die überhaupt (in der eben gedachten Transformation) wider Erben übergehn, die ursprüngliche Verhaftung mehrer Mittäter eine elektive, keine kumulative sei; bei einer Reihe hieher gehöriger Sachen[27]) ist der elektiv verpflichtende Erfolg ebenso unzweifelhaft, wie bei andern[28]), namentlich den *ex l. Aquilia* zu ahndenden, der kumulative. Und davon, dass die in einigen Institutionenstellen[29]) angedeutete Zerlegung des Inhalts der Forderung, in Schadensersatz und Strafzuschlag, in dieser Beziehung praktische Bedeutung[30]) gehabt hätte, lässt sich vollends nichts, so wenig für das Justinianische wie für das klassische Recht nachweisen.

Wohl zu beachten hiebei ist, dass der produktiveste und klarste zugleich unter allen Römischen Rechtsgelehrten vollständig daran verzweifelt[31]), das seiner Zeit geltende Recht aus einem Prinzip zu erklären: es ist so, weil es eben so ist, und weil wenn es anders wäre, es noch schlechter sein würde. Von Julian aber bis Justinian ist eine prinzipmässige Umgestaltung auch nicht gelungen, das beweist sowol die Aufnahme dieses Ausspruchs in die Pandekten, wie die In-

---

[27]) Fr. 17 pr. de dolo 4, 3; fr. 14 § 15 — fr. 16 pr. q. met. c. 4, 2; fr. 1 § 4 de eo p. q. fact. 2, 10; fr. 3 si mensor 11, 6; c. 1. de cond. furt. 4, 8 (cf. fr. 10 pr. eod. 13, 1).

[28]) Fr. 11 § 2, § 4 ad l. Aq. 9, 2; cf. fr. 51 in. f. eod.; fr. 34 de iniur. 47, 10; fr. 1 § 19 si is q. ex test. 47, 4; fr. 5 § 3 ne quis e. q. in i. 2, 7 (?).

[29]) § 9 I. ad l. Aq. 4, 3; § 19 I. de act. 4, 6.

[30]) Die praktische Bedeutung hätte ersichtlich darin bestehn müssen, dass der Ersatz nur von einem der Täter, der Strafzuschlag aber von jedem derselben einzuklagen gewesen wäre.

[31]) Fr. 51 § 2 ad l. Aquil. 9, 2 (Iulian.): . . . *quod si quis absurde a nobis haec constitui putauerit, cogitet longe absurdius constitui, neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat, nec facile constitui possit uter potius lege teneatur. multa autem iure ciuili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest. unum interim posuisse contentus ero: cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamuis subtili ratione dici possit, neminem eorum teneri, quia neminem uerum sit eam sustulisse.*

kongruenz der übrigens in der Sammlung befindlichen Entscheidungen. Auch das durch den Mangel eines Prinzips bedingte Schwanken der Jurisprudenz tritt mehrfach[32]) deutlich hervor.

Hierher gehört das schwierige[33])

fr. 15 § 2 quod ui 43, 24 (Ulp.): *si in sepulchro alieno terra congesta fuerit iussu meo, agendum esse quod ui aut clam mecum Labeo scribit. et si communi consilio plurium id factum sit, licere uel cum uno uel cum singulis experiri; opus enim quod a pluribus pro indiuiso factum est, singulos in solidum obligare. si tamen proprio quis [que]*[34]) *eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum; itaque alter conuentus alterum non liberabit, quin immo [nec]*[35]) *perceptio ab altero. superiore etenim casu alterius conuentio alterum liberat.*

a) "*iussu meo*"[36]) ist das *sepulchrum alienum* gestört, gegen mich kann geklagt werden; dass Ulpian sich hiefür auf Labeo bezieht, beweist dass die Frage inzwischen entweder nicht häufig vorgekommen, oder auch anders entschieden worden ist. b) "*si communi consilio plurium id factum sit*", entweder α) mehre haben "*comuni consilio*" selber die Erde zusammengeschaufelt, oder β) sie haben *c. c.* den *iussus* gegeben dies zu tun.

Die Antwort von Ulpian schliesst wieder an Labeo an, denn das "*Labeo scribit*" muss auf das Folgende sogut wie auf das Vorhergehende bezogen werden: "*licere uel cum uno uel cum*

---

32) Man vergleiche beispielsweise fr. 9 de iurisd. 2, 1, fr. 55 § 1 de adm. et peric. 26, 7.

33) Vgl. hiezu vornehmlich Ribbentrop Correalobl. 95 f., der aber doch in die dieser Entwickelung des Römischen Rechts zu Grunde liegenden Gedanken, und in das allmähliche Werden festerer Gedanken aus der voraufgegangenen Unklarheit nicht völlig eingedrungen zu sein scheint.

34) Ohne diese oder eine andere Ergänzung in demselben Sinne bleibt der Satz unverständlich, doch ist "*quisque*" oder was man ihm suppliren möchte, in dieser Stellung rein sprachlich betrachtet hart. (Vgl. N. 37).

35) Dürfte grammatisch nicht wohl zu entbehren sein; über den Sinn ist kein Zweifel.

36) Eine weitere Ausdehnung dieses ersten Falles in dem von Schmidt a. a. O. angezogenen fr. 6 quod ui von Paulus.

singulis experiri", und zwar "*uel cum uno* [*in solidum*]", "*uel cum singulis* [*pro parte*]"[37]), ohne diese zugedachten nicht zugeschriebenen Zusätze wäre die Gegenüberstellung "*cum uno — cum singulis*" sinnlos. Das folgende "*opus quod a pluribus pro indiuiso factum est singulos in solidum obligare*" rechtfertigt als Analogie zugleich die eine und die andere Art des Verfahrens. Dass nicht kumulativ "*cum singulis in solidum*" geklagt werden könne, ergibt zum Ueberfluss die Schlussbemerkung Ulpians "*superiore etenim et c.*", gleichviel ob man darin "*conuentio*" oder "*perceptio*" liest. — Im Prinzip stimmt diese Entscheidung mit der von Paulus im fr. 9 de iurisd. 2, 1, wo auch das "*unum consilium*" die kumulative Verhaftung *in solidum* ausschliesst.

c) "*si proprio quisque eorum consilio hoc fecerit*"; hiernach werden wir wol nicht im Zweifel bleiben[38]), dass bβ) der Auslegung bα) vorzuziehn ist: Erde ist aufgeschaufelt, dass jedeiner der Beteiligten diese Erde *proprio consilio* selber ganz aufgeschaufelt haben sollte ist geradezu unmöglich, er könnte nur einen Teil derselben auf seine Rechnung nehmen; aber sehr wohl möglich, dass A B C jeder "*proprio consilio*" dem Z den Auftrag zum Aufschaufeln gegeben haben. Es wird dann auch nichts dagegen zu sagen sein, dass wider A und B und C *in solidum* geklagt werden kann und dass dieselben kumulativ[39]) neben einander haften.

Schwierig bleibt der Schluss "*alterius conuentio liberat*", man möchte erwarten "*perceptio ab altero alterum liberat*"[40]);

---

37) M. a. W. elektiv in *solidum* oder kumulativ auf die Teile, gerade wie gegen mehre *rei promittendi* zu klagen wäre.

38) Noch deutlicher würde dies hervortreten, wenn man lesen wollte:

si proprio cuiusque eorum consilio hoc factum fuerit,

eine Emendation die paläografisch nicht weiter abliegt, als die von Schmidt und Mommsen, und bei der das "*proprio cuiusque consilio*" ansprechender ausfällt als das sonst unumgängliche "*pr. quisque cons.*". (Vgl. N. 34).

39) Ich kann also Schmidt Interdiktverf. 202 nicht darin beitreten, dass das "*scilicet in solidum*" als Glossem auszustossen sei. Dawider noch folgendes: hätte Ulpian wirklich sagen wollen, jeder Einzelne solle nur für das was er gemacht einstehn, so wäre der ganze Zusatz "*itaque alter . . . perceptio ab altero*" durchaus selbstverständlich und müssig.

40) Mommsens Vorschlag *ad h. l.*: . . . . "*superiore enim casu alterius conuentio immo perceptio alterum liberat*" dürfte mit der in "*immo*"

aber diese Textesemendation wäre gewaltsam, und die andere Aushülfe, bei "*conuentio*" an ein Belangen mit Erfolg zu denken, gerade hier in der Nähe von "*perceptio*" wenig verlockend. Die Juristen haben bekanntlich oft geschwankt, ob im besondern Falle *conuentio* oder *perceptio* liberire; bis auf weiteres werden wir annehmen müssen, dass Ulpian hier wirklich für die *conuentio* sich habe aussprechen wollen, wenn auch seine Gründe nicht gleich klar zu legen sind.

Das Verhältnis von Aktion und Anspruch zu einander ist bei den Deliktsklagen ein besonders inniges. Allemal kommen Anspruch und Aktion zu gleicher Zeit und aus demselben Ereignis, *ex delicto*, zur Entstehung. Die entstandene Aktion ist unfähig andere als die mit ihr entstandenen Ansprüche nachträglich in sich aufzunehmen. Nichtsdestoweniger tritt auch hier der Dualismus deutlich hervor: derselbe Anspruch der mit der *a. ex delicto*, z. B. *l. Aquiliae* zu verfolgen ist, kann auch in andere Aktionen, z. B. *commodati depositi locati*, fallen; es können wegen desselben neue Aktionen, namentlich durch Stipulation begründet werden, wider Verletzer selber oder wider Dritte (Fidejussoren), während die *actio ex delicto* fortbesteht oder aufgehoben wird (Novation); die *a. ex delicto* kann auch unersetzt fortfallen, z. B. durch prozessualische Konsumption, während der Anspruch erhalten bleibt. Nach dem allen wird sich behaupten lassen, dass die dualistische Theorie bei den Deliktsklagen nicht wohl entstehen konnte, und wenn alle Römischen Aktionen dem Beispiel jener gefolgt wären überhaupt schwerlich entwickelt sein würde; dass aber nachdem jene Theorie auf einem andern Gebiete bis zu einem gewissen Grade der Ausbildung gelangt war, man kein Bedenken getragen dieselbe auch auf dem Felde der Deliktsklagen anzunehmen.

---

liegenden Steigerung unvereinbar sein. Bei dieser Lesart müsste übrigens Ulpian doch auch der Möglichkeit gedacht haben, die Liberirung mit der *conuentio* eintreten zu lassen, und wer den Gedanken erklären könnte, würde wol auch mit der Begründung der definitiven Entscheidung fertig zu werden wissen.

Die Durchführung der Theorie ist hier eine relativ einfache geblieben, doch fehlen die schwierigen Punkte nicht gänzlich. Die Unterscheidung des Umfangs der Aktion von dem des Anspruchs ist ein solcher. Dem Anspruch pflegt die Aktion als das Fertige Ausgedachte Abgeschlossene gegenüberzustehn, und überall übt dieses auf das Unfertige das nicht ganz Ausgedachte nicht fest Abgeschlossene bestimmenden Einfluss. Die *l. Aquiliae* schreibt eigentümliche Schätzungsarten vor, zunächst für den Umfang der Aktion; es wird kaum jemand anzugeben im stande sein, auf wieviel weniger oder mehr der Umfang des Anspruchs sich erstrecke; also, könnte man sagen, sei indirekt auch der Umfang des Anspruchs durch die *lex* bestimmt worden. In anderen Fällen ist die Divergenz einleuchtend. Wird die Aktion, die wider den Täter unbeschränkt zu geben gewesen wäre, dem Erben gegenüber auf den Betrag seiner Bereicherung ermässigt, so entspricht dies den bekannten Einschränkungen "*duntaxat de eo quod in peculio est*" "*quod in rem Ni. uersum est*" "*duntaxat in quantum facere potest*", lauter Anweisungen an den Judex nach Umständen die Kondemnation auf weniger als den erfindlichen Anspruch zu stellen. Die Aktion kann aber auch über den Umfang des Anspruchs hinausgehn: am deutlichsten bei den Fällen der Litiskrescenz; kaum weniger, wo der Provinzialmagistrat für den einzelnen Fall bestimmt worauf die Kondemnation[41]) zu erfolgen hat. Man könnte auf den Gedanken kommen bei jeder Aktion auf ein Mehrfaches müsse das Einfache als Anspruch genommen werden; dies würde, z. B. bei Betrachtung der *a. ui bonorum*, dahin führen, dass es Ansprüche überall nur auf Entschädigung, nicht auch auf Strafe gäbe. Es wird ohne eingehende Detailuntersuchungen keine Sicherheit der Erkenntnis zu erlangen sein, wieviel von diesen Fragen durch die Denkarbeit der Römer zum Abschluss gebracht worden; wobei sich dann herausstellen dürfte, dass sehr vieles von ihnen unausgedacht gelassen, und nur nach einem mehr oder weniger trügerischen Gefühle oder Instinkte vorläufig festgestellt worden ist.

Aehnlichen Schwierigkeiten begegnen wir bei den ver-

---

[41]) Vgl. die IV. S. 79 f. angeführten Beispiele.

schiedenen Arten der Beteiligung Mehrer an einer oder an mehren zusammenhangenden Deliktshandlungen: gegen wen geht oder gehn der oder die Ansprüche? und auf wieviel? und wie stellen sich hiezu die Aktionen die gegeben werden? Einige Spezialitäten, die die Schwierigkeiten der Beantwortung erkennen lassen, sind vorher angedeutet; zur sorgfältigen Erörterung des ganzen Fragegebiets ist hier kein Platz.

X. KAPITEL.

NOXALKLAGEN UND CAUTIO DAMNI INFECTI.

Ueberall gehören Verletzungen der Personen oder Sachen Dritter zum ursprünglichen Rechtsstoff. Schon in der rohesten Reaktion dawider, in der Rache, wo der Verletzte dem Verletzer den erlittenen Schaden zurücktut ohne dass gleiches Mass streng einzuhalten wäre, steckt ein rechtliches Element: der Rächende hat die allgemeine Stimme auf seiner Seite, und er handelt mit dem Bewusstsein dieser Anerkennung. Allmählich wird die Anerkennung tatkräftiger, nach beiden Seiten: sie unterstützt den Geschädigten bei der Ahndung; und sie fordert dagegen, dass er die von ihr gesetzen Schranken einhalte und die verordneten Formen beobachte. Mehr und mehr schwindet die Notwendigkeit des Aufwands eigener Kraft, der Staat mittels seiner Organe schafft die Talion, falls die Staatshülfe in gehöriger Weise beansprucht wird. Mit der Entwickelung der Geldwirtschaft ändert dieses Endziel seine Bedeutung; jetzt erscheint es roh und unweise, Befriedigung in Zurückgabe des Schadens den wir erlitten zu suchen: für mich ein schlechter Trost dass nun auch der Andere zum Krüppel wird, weit besser er zahlt wovon ich leben kann, da habe ich reellen Vorteil und ihm wird die Strafe kaum minder empfindlich sein. Eine Zeit lang bleibt die Talion noch als Drohmittel, bis endlich direkt die Geldstrafe und nur diese von Staatswegen bei den betreffenden Delikten erzwungen wird.

Bis hierhin geht die Entwickelung fast ohne Reflexion und Nachdenken vor, blos dem Gefühl folgend. Einige Schwierigkeit macht die Strafhöhe; weniger so lange dieselbe in jedem

einzelnen Falle durch (indirekt) erzwingbaren Vergleich bestimmt wird, mehr nachdem der Staat sie allgemein zu regeln unternommen hat. Begreiflich stösst man bald auf den Gedanken, die Geldstrafe wegen Schädigung müsse sich nach dem Geldwert des Schadens richten. Ebenso einfach wie ungenau, denn es gibt viele Arten Schaden in Geld umzusetzen. Aber auch hier bedurfte es der Erfahrung um ein Bewusstsein von der mangelnden Präzision des eigenen Denkens zu erlangen. Der fernere Fortschritt steht unter weniger einfachen und durchsichtigen Naturgesetzen; es scheint uns, als ob eine Menge verschiedener Wege sich geöffnet [1]) hätte, unter denen die Wahl zu treffen gewesen. Damit wächst die Bedeutung der Ueberlegung, die Entwickelung verliert ihren ursprünglich naiven Charakter, und zugleich mischt sich ein Element ein, das wir nur als Zufall zu bezeichnen wissen.

Mit praktischem Takte haben die Römer vermieden, die vage Empfindung, dass wer Schaden angerichtet ihn ersetzen solle, zum allgemeinen Rechtssatz zu erheben; nur einzelnen begrenzten Arten der Schädigung geben sie rechtliche Folge. Gleichwol hat jener Gedanke oder Nichtgedanke durchgreifenden Einfluss geübt, wie auf das Werden [2]) so auf die gewordenen

---

[1]) Einseitig ist die Auffassung, welche den naturgemässen Fortschritt des Rechts "in fortgesetzter Einengung des Gebiets der Strafe" sieht (Ihering Schuldmom., insbes. S. 4, dagegen schon v. Bar Grundl. d. Strafrs. 48); ihr widersprechen im Römischen Recht alle späteren neue Delikte verordnenden Leges, die prätorischen Delikte, *actiones utiles* und *in factum* wegen deliktartiger Vorgänge, *extraordinariae cognitiones;* desgleichen alle neueren Strafgesetzbücher wenn man sie mit ihren Vorgängern vergleicht, während manche Handlungen den Charakter der Strafbarkeit verlieren wird er andern neu beigelegt. Auch der Fortschritt von strengeren zu milderen Strafformen ist kein stetiger, wenngleich diese Tendenz im allgemeinen anzuerkennen sein dürfte.

[2]) Vergegenwärtigen wir uns das Werden jener Delikte und Aktionen aus Delikten bei den Römern. Der Volkswille schafft das Recht, er verkörpert sich in den Rechtssatzungen; und niemals mag dieser Volkswille scharfsichtigere Aufspürer und gewissenhaftere Dolmetscher gefunden haben als die Römischen Prudentes und die von ihnen geleiteten Magistrate. Mit Aufstellung eines neuen Delikts und einer neuen Aktion *ex delicto* kann der betreffende Volkswille nicht erst ins Leben gerufen werden; er muss auch vorher schon, wenn auch seiner selber noch mehr unbewusst, bestanden haben. Das heisst in unsere Sprache übertragen: auch vor dem neuen Edikt oder Responsum gibt die Volksstimme schon Ansprüche; hätte der Verletzte vom Verletzer gefordert und jener geleistet Entschädigung, so wäre damit nur dem allgemeinen Rechtsgefühl genug geschehn, die Leistung wäre eine ge-

Deliktsobligationen. Die *actio* kommt hier mit dem Anspruch näher als irgendwosonst zusammen[3]).

Aber dieses einfache Verhältnis tritt ein und kann eintreten nur da, wo das verletzende Etwas Person ist, und daher die Möglichkeit in sich trägt, als Reus eine Aktion zu übernehmen; wo dies nicht der Fall wäre, da müssen notgedrungen Anspruch und Aktion sich scheiden. Es entspricht dem Auffassungsvermögen kindlicher Zeiten, dass die Ahndung wider das letzte unmittelbar eingreifende Medium der Verletzung gerichtet wird, wider den Sklaven, das Tier, selbst wider die leblose Sache die uns den Schaden bringt. Derartige Anschauungen haben auch der ersten Rechtsbildung in Rom zu Grunde gelegen. Bei Sklaven war eine körperliche Bestrafung denkbar, der Staat konnte dieselbe übernehmen und direkt wider den Täter, ohne Heranziehn einer vermittelnden Persönlichkeit, vollstrecken. Bereits aber ist der Staat zu rationell geworden, um an Tieren und leblosen Wesen sich zu vergreifen, höchstens kann er mitwirken diese in die Gewalt der Verletzten zu liefern; dasselbe musste vielfach auch in Beziehung auf die Sklaven als das zweckmässigere erscheinen. Was bei solchem Verfahren dem Einen zukommt, wird dem Andern genommen; derartiges darf nicht ohne regelrechte Verhandlung mit diesem Andern geschehn, und dieselbe Konsequenz, welche *actio* wider Sklaven Tiere Lebloses ausschliesst, heischt *actio* wider den dessen Sache der Befriedigung des Verletzten überlassen werden soll. Die Verletzung selber begründet zunächst nur ein Verhältnis des Verletzten zur verletzenden Sache, von dem es einstweilen gleichgültig sein mag, ob wir es Recht Anspruch oder sonst wie heissen; die Durchführung dieses Quasirechts aber bedingt ein gerichtliches Verfahren, das sich kehrt wider die Person desjenigen der die Sache innehat, nicht wesentlich anders als wie bei der Durchführung von Eigentum und andern dinglichen Rechten.

Nicht wesentlich anders, aber anders doch nach der Gestaltung, welche die Römer mit diesem Material vorgenommen haben. Hier haben sie das Verhältnis des aus der Verletzung

---

rechte (Entschädigung eben und nicht etwa Schenkung) und nur insofern noch keine rechtliche im e. S. gewesen, als es einstweilen an jedem Mittel gefehlt hätte, dem Volkswillen zwangsweise Geltung zu geben.

3) Vgl. das vorige Kapitel a. E., S. 180 f.

Berechtigten zu dem verletzenden Etwas (leblose Sache, Tier, Sklave, Haussohn) nicht weiter ausgedacht, und nicht zu fester Form und Namen gebracht; sie begnügen sich auf die Folge zu sehn die aus dem Vorgang für den persönlichen Inhaber desselben sich ergibt, und stellen die Aktion wider ihn auf ein "*dari oportere*", Herausgabe des verletzenden Etwas an den Veletzten[4]), wie die Vindikation auch auf ein "*restitui oportere*" hätte gestellt werden können. Auch eine Formulirung *in factum* analog der Serviana war möglich, mit Zugrundelegung einmal des "*furtum fecisse*" "*noxiamue nocuisse*", und zudem des Verhältnisses in dem Sklave und Tier zu dem Beklagten stehn; die Rechtsverhältnisse der noxalpflichtigen und der *res obligata* sind nächste Verwandte. Die tieferen Gründe der verschiedenen Behandlung wesentlich gleichartiger Dinge schien zur Zeit ungreifbar, der nächstliegende Grund aber ist offenbar darin zu suchen, dass die Zwölftafeln das "*dato*" "*noxae dedito*" gesprochen und damit die Dationspflicht sanktionirt hatten; die Aktion schloss sich hier wie sonst unmittelbar an die *uerba legis* an.

So sehr bei den Delikten *actio* und Anspruch sich einander zu decken scheinen, ebenso deutlich fallen sie bei den Noxalsachen auseinander. Zunächst mag bemerkt werden, dass auch bei diesen der Anspruch mit der Zeit und der Weiterbildung der Geldwirtschaft allmählich festere Formen gewinnt: er geht nicht mehr auf willkürliche Ahndung, zu der die verletzende Sache (Sklave Sohn Tier) dem Verletzten überantwortet werden soll, sondern auf das Geldäquivalent des Schadens den dieser erfahren hat. Der so begrenzte Anspruch

---

[4]) Uebereinstimmend betrachten neuere Forscher (Zimmern Noxalkl. § 10, Dirksen civ. Abh. 104, v. Wyss Haft. f. fremde Kulpa 20, Bechmann Anzeige von Wyss Krit. Vschr. X. 316) die Verpflichtung zur *noxae datio* als das ursprüngliche, die Litisaestimationszahlung als spätere Zutat. Direkte Quellenzeugnisse scheinen eher dawider (fr. 1 de nox. act. 9, 4 Gai.) als dafür (fr. 1 pr. si quadr. 9, 1 Ulp.) zu sprechen. Aber diese und alle andern etwa heranzuziehenden Spezialbeläge wiegen so leicht, dass sie nichts vermögen wider das Gewicht der geschichtlichen Analogie, welche die jetzt herrschende Anschauung entschieden unterstützt.

Ausdrücklich will ich noch hervorheben, dass von allen Bechmann meiner Auffassung der Noxalaktionen am nächsten kommt; er operirt nicht mit dem Begriff des Anspruchs, aber das Bild das er gibt ist übrigens von dem meinigen nur wenig verschieden.

aber bleibt nach wie vor, bis in das neueste Römische und bis in das heutige Recht hinein, haften[5]) auf einem Rechtsobjekt[6]), das so wenig Geld zahlen wie beklagt werden kann. Der Aktion muss also ein von dem (sächlichen) des Anspruchs verschiedenes (persönliches) Objekt gegeben werden. Als solches kann vernünftiger Weise nur in Frage kommen, wer die Möglichkeit hat dem Berechtigten behufs der Realisirung von dessen Anspruch das sächliche Objekt herauszugeben, "*qui in potestate habet seruum noxium quadrupedemue*": *dominus, b. f. possessor, m. f. possessor*, auch Usufruktuar unter Umständen. Und zwar haftet nicht stets blos je einer von diesen, sondern mehre neben einander, und wo der *domini* mehre sind jeder *in solidum*.

Von diesen eventuell zusammen bestehenden Aktionen hat keine andern Zweck, als die Erfüllung des Einen Anspruchs auf den sie alle sich beziehn zu erzwingen; einmalige Zahlung der Litisaestimation hebt sie deshalb sämmtlich auf, desgleichen vollständige (cf. fr. 17 § 1 de nox. act. 9, 4: ". . . . *ut etiam usumfructum actoris faciam*") Noxaedation; wogegen der einzelne zu Beklagende aktionsfrei wird, sobald er aus dem Verhältnis zur Sache scheidet[7]), aus welchem seine Verpflichtung wegen

---

[5]) Dass der *noxae* gegebene Sklave der das nötige Geld auftreibt seinem neuen Herrn den zugefügten Schaden zu ersetzen, durch Hülfe des Prätors "*inuito domino*" manumittirt wird, erscheint als letzte Konsequenz dieses Konzentrirungs- oder Krystallisationsprozesses (§ 3 I. de nox. act. 4, 8).

[6]) Man kann dies Verhältnis nennen "Recht auf den Wert" oder "auf ein Stück des Werts der Sache", nicht aber "Recht an dem Wert derselben", da der Wert einer Sache, d. h. ein Urteil das über dieselbe besteht, nicht die Qualifikation zum Rechtsobjekt besitzt.

Im Begriff der Sache liegt, dass solches Recht nicht auf ein "*facere*" seines Objekts gehen kann, vielmehr nur auf ein "*pati*" desselben, darauf dass der Berechtigte aus dem Objekt entnehme was ihm gebührt. Aber das Geldäquivalent steckt auch nicht in der Sache, es kann nicht einfach aus ihr herausgenommen werden, so wenig wie die Schuldsumme aus dem Pfandstück. Darum wäre es irrationell, derartige Rechte an Sachen vor der Konsolidation des Geldverkehrs anzunehmen. Nach dieser aber darf die Wahrscheinlichkeit aus dem Verkauf der Sache Geld zu lösen ebensowol in Rechnung gezogen werden, wie früher schon die Möglichkeit durch Bestellung Frucht zu gewinnen.

[7]) Also sobald das "*in potestate esse*" ohne oder mit seinem Zutun aufhört, vorausgesetzt nur dass letzteres nicht von der Art ist, ihn als dolose Besitzaufgabe persönlich zu binden. Beispielsweise dass einer von mehren

des auf ihr lastenden Anspruchs sich belangen zu lassen hervorgeht. Andererseits wird aktionspflichtig jeder der solange der Anspruch noch fortbesteht neu in ein solches Verhältnis eintritt, gleichviel ob an Stelle eines andern oder nicht, ob neben andern oder nicht. Bekommt aber das Anspruchsobjekt selber später Persönlichkeit (durch Manumission), so kommt ohne weiteres eine dem Anspruch adäquate Aktion, selbstverständlich ohne Noxädationsbefugnis, wider dasselbe[8]) zur Existenz, während zugleich alle Aktionen wider andere Personen erlöschen, schon deshalb weil das bindende Verhältnis das "*in potestate habere*" mit jenem Vorgange ein Ende gefunden hat. Ebenso wird im umgekehrten Falle die direkte Aktion noxal[9]).

Trotz dem Reichtum seiner Entwickelung sind die Grundzüge des Noxalrechts von den Zwölftafeln bis Justinian dieselben geblieben. Der durchgehende Gedanke, dass die Aktionen zur Erfüllung eines Anspruchs führen sollen dessen Objekt (der Beanspruchte) der Beklagte nicht ist, dass sie den Beklagten nur treffen wegen des Verhältnisses in welchem er zu

---

Miteigentümern "*ante noxale iudicium acceptum potest sua parte cedendo securitatem consequi, ne necesse habeat suscipere iudicium*", wogegen nach einmal übernommenem Prozesse "*non alias poterit euadere litis aestimationem, nisi in solidum noxae dederit seruum, nec ferendus est si partem dedere fuerit paratus*" (fr. 8 de nox. act. 9, 4).

8) Fr. 14 de O. et A. 44, 7 (Ulp.): *serui ex delictis quidem obligantur, et si manumittuntur obligati remanent; ex contractibus autem ciuiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant.*
"*serui ex delictis obligantur*", der Anspruch ruht auf ihnen, aber sie würden doch nicht "*obligati*", wirklich "*ciuiliter obligati*" sein, wenn der Anspruch nicht mittels *actio* zu erzwingen wäre. Solange sie selber nicht Personen sind, kann wider sie diese *actio* nicht angestellt werden, trotzdem heissen sie "*obligati*", wie die "*res obligatae*" gegen deren Besitzer die dingliche Pfandklage geht. "*obligati remanent*", der Anspruch ist derselbe geblieben, ebenso die Aktion, nur die Person des zu Beklagenden hat sich geändert.
"*ex contractibus ciuiliter non obligantur*", der Kontrakt an sich macht den Sklaven nicht zur "*res obligata*", nur unter besonderen Voraussetzungen "*actio in dominum datur*".

9) § 5 I. de nox. act. 4, 8: . . . *nam si liber homo noxiam commiserit et is seruus tuus esse coeperit, incipit tecum esse noxalis actio quae ante directa fuisset.* Wieder bleibt der Anspruch, und in der Aktion ändert sich nur die zu beklagende Person. Auch hier könnte man sagen "*manet obligatus qui seruus esse coepit*", als *seruus* aber würde er jetzt *res obligata*, und die ihn obligirende Aktion wider einen Andern (eine Person) anzustrengen sein.

der Sache oder Quasisache steht die Objekt des Anspruchs ist. Hieraus erklärt sich dass diese Aktionen, obschon sie der Formel nach *in personam* sind, die wichtigsten Eigentümlichkeiten der *actiones in rem* annehmen. Wer als Beklagter auf den Prozess sich einlässt, tut dies doch nicht "*suo nomine*", auch besteht für niemand der Zwang zur Einlassung zum "*suscipere iudicium*", nach Belieben kann jeder die Defension unterlassen, "*si non defendatur ducitur*", nur dass denn doch "*praesens dominus tradere eum et de dolo malo promittere debet*" (fr. 33 de nox. act. 9, 4). Kein Zweifel, dass in der Intention ein "*dominum dare oportere*" gestanden [10]), und doch lesen wir wieder und wieder dass "*seruorum nomine noxali iudicio agitur*" und dass der Herr nicht etwa "*se ipsum*" sondern "*seruum defendit*". Die Kautionen des älteren Prozesses sind aus den justinianisirten Quellenstücken vielleicht nicht ganz vollständig zu erkennen [11]). Das Verleugnen desjenigen Verhältnisses zur Sache (oder Quasisache) auf dem die Aktionenpflichtigkeit des Belangten beruht, ebenso der dolose Bruch desselben Verhältnisses und wiederum wahrheitswidriges Behaupten *in iure* wirken ähnlich [12]) wie bei den dinglichen Klagen.

---

[10]) Ausdrücke die Wyss (a. a. O. 18) für seine Auffassung anführt "*ex furto serui dominus tenetur*", "*dominus conuenitur*", "*ex noxa atque maleficio seruorum actiones aduersus nos instituuntur*" sagen noch weniger als was mit dem "*dominum d. o.*" der Intention bereits zugegeben ist; dass der Herr als Beklagter im Prozess zu fungiren hatte, darüber konnte wol niemals Zweifel sein. Die richtige Anschauung legen sehr nahe die Worte von Paulus "*ex persona serui duo tenentur*" (fr. 20 pr. de interr. 11, 1).

[11]) Vgl. oben fr. 39 § 1 § 2 de nox. act. (Iul.), auch fr. 4 si ex nox. 2, 9 (Gai.).

[12]) Hiezu Zimmern Noxalkl. § 81—83, § 84—88, § 89—90.
Strafe des Leugnens: "*uel deierare iubebo . . ., uel iudicium dabo sine noxae deditione*" (fr. 21 § 2 de nox. act.); übrigens ist die Aktion unverändert. Zweifelhaft nur ob wörtlich zu verstehn was Paulus sagt fr. 22 § 4: "*uincet, si probauerit eum in potestate esse . . ., qui autem non probauerit in potestate aduersarii esse seruum . . .*"; oder ob der Beweis der *noxa commissa* als hinzugedacht vorauszusetzen ist.
"*Cum eo qui dolo desiit possidere*" soll *actione praetoria* anstatt der *directa* geklagt werden; doch müssen beide Rechtsmittel den Juristen wie verwachsen in einander erschienen sein, so sagt Paulus fr. 12 eod.: . . . *actione quae datur in eos qui seruum in potestate habeant aut dolo fecerint quominus haberent* (cf. fr. 21 pr., fr. 22 § 4 eod.). Auch diese *praetoria a.* fällt fort, wenn der Sklave vor der Litiskontestation stirbt, oder sobald die *directa* wider einen Andern angestellt ist, sie wird durch Exception elidirt "*si paratus sit defendere se*

Einige Komplikationen fordern sorgfältigere Erwägung. Wenn der Sklave seinen Herrn bestielt, analog bei andern Delikten, so ist dies wol ein *furtum*, es erwächst aber keine *a. furti* daraus, "*neque enim qui potest in furem statuere necesse habet aduersus furem litigare*", auch nachträglich nicht wenn der für *seruus* manumittirt oder alienirt würde[13]). Hieraus ist gefolgert worden, dass wenn der bestolene Nichtherr den diebischen Sklaven nachher erwirbt, die Diebsklage hiemit erlischt, "*quia in eum casum deducta sit in quo consistere non potuit*", und auch bei nachfolgender Wiederveräusserung nicht wiederauflebt[14]). Es fällt nicht schwer den

manumissus" auch "*si nouus dominus serui iudicium patiatur*", ja sogar "*si post iudicium acceptum seruus apparuerit, et quia non defendebatur ductus sit*" (fr. 26 § 4, 39 § 4; fr. 26 pr.; fr. 24, fr. 25; fr. 39 § 3 eod.). Nach dem allen kein Zweifel, dass auch dies ein Zwangsmittel ist wegen des auf dem Sklaven ruhenden Anspruchs. Die dolose Besitzaufgabe verpflichtet wegen dieses Anspruchs ebenso sich ausklagen zu lassen wie anderes Falls der andauernde Besitz. Das unwahre Bekenntnis *in iure* den Sklaven im Eigentum zu haben bindet die Klage, die wider den *dominus* geht, an die Person des Bekennenden, und befreit demnächst jenen. Fr. 20 pr. de interr. 11, 1: "*qui seruum alienum responderit suum esse . . . dominum liberat; . . . altero conuento alter quoque liberatur*". Seltsamerweise aber sagt Paulus, von dem auch dies Fragment herrührt, an anderer Stelle fr. 26 § 2 de nox. act.: "*si seruum alienum alius in iure suum esse responderit, altero soluente alter liberatur*". Dass Zimmern (a. a. O. 280) beide Stellen als wohl verträglich in eine Note zusammenspannt, ist nach der Zeit seines Werkes erklärlich; aber auch Ribbentrops längere Ausführung (Correalob. § 26 N. 5) hebt unsere Bedenken keineswegs. Sollen beide Stellen miteinander vereinigt werden, so scheint das geratenste zunächst die Ungenauigkeit von fr. 20 pr. cit. zu rügen, denn nicht die Responsion selber, sondern erst die auf Grund derselben erfolgende Litiskontestation (cf. fr. 8 de interr.) könnte den *dominus* befreien; dann aber aus fr. 20 § 3 cit. hinzuzufügen, dass wenn *dominus* auch nach dieser Litiskontestation zahle, der *ex responso* Verhaftete entlastet werde. Auch betreffs fr. 16 § 1 de interr. glaube ich nicht mit Zimmern (a. a. O. 277 f.) gehn zu können, und verstehe dasselbe von dem Fall, wo der fremde Sklave, den ich für meinen ausgegeben, wegen Todes oder Manumission nicht in meinem Eigentum stehen konnte ("*quaerere potui*"); dass der Ausdruck Ulpians wenig gewählt erscheint, stört nicht.

[13]) § 6 I. de nox. act. 4, 8; fr. 16, fr. 17 pr. § 1 de furtis 47, 2; fr. 1 § 1 si is q. test. 47, 4; c. 1 de nox. act. 3, 41; c. 6 an seru. pro suo 4, 41.

[14]) § 6 I. de nox. act. 4, 8; fr. 37 de nox. act. 9, 4; beide Stellen behandeln auch das Nichtwiederaufleben als zweifellos, während Ulpian fr. 17 § 2 de furtis 47, 2: ". . . *dicit Sabinus*" und Paulus fr. 18 eod.: "*Cassiani putant*" dasselbe als Sabianinische Parteimeinung darstellen, der sie zuzutreten

theoretischen Unterbau hiefür herzurichten [15]), an dem aber die Römer sicher nicht festgehalten haben würden [16]), falls nicht die Resultate in der Praxis sich bewährt hätten. Dem Usufruktuar [17]) standen die den Eigentümer beschränkenden Momente nicht entgegen.

Begeht ein Servus mehre Delikte wider verschiedene Personen, so sind die hieraus erwachsenden Ansprüche und Aktionen an sich völlig unabhängig von einander. Sobald aber der beklagte Herr die *noxae datio* vornimmt, ist ein Konflikt [18]) unvermeidlich: überdauert die Noxalforderung von *B* die *noxae datio* an *A*, so gerät *A* in Gefahr verkürzt [19]) zu werden; erlischt sie damit, so bleibt *B* ohne Befriedigung. Die Römische Praxis hat geschwankt [20]), das im Justinianischen Recht angenommene Resultat lautet:

> *ex praecedentibus causis non liberatur noxae deditus, perinde enim noxa caput sequitur ac si uenisset* (fr. 2 pr. si ex nox. 2, 9).

---

scheinen. Eine Entscheidung nach der Sabinianischen Parteiansicht findet sich aber auch im fr. 67 § 3 eod. von Celsus, ob aus Korrektur der Kompilatoren muss dahingestellt bleiben.

[15]) Ist der Bestolene Herr des Diebs, entweder von Anfang an gewesen oder nachträglich geworden, so ist *actio* unmöglich weil Kläger- und Beklagtenrolle derselben Person zufallen; und selbst der Bestand eines Anspruchs ist zweifelhaft, da die Römer meist Bedenken tragen, Rechte oder Rechtähnliches neben dem Eigentum zwischen den Trägern dieses Verhältnisses anzuerkennen.

[16]) Man hätte sich helfen können, in der Art wie v. Wyss (a. a. O. 12) das fr. 14 de O. et A. zu interpretiren versucht. Dagegen erhellt die praktische Unzulässigkeit der Verfolgung derartiger Ansprüche seitens des früheren Herrn wider den Käufer des Sklaven und wider den letzteren selber als Manumissus. Am wenigsten dürfte von diesem Standpunkte wider Noxalklagen nach der Redhibition zu sagen sein, die nur durch die Ausdehnung der *redhibitoria* entbehrlich gemacht würden (fr. 17 § 2 de furt.); doch scheint sich der Schulenzwist nicht auf diesen Punkt beschränkt zu haben (fr. 18 eod.).

[17]) Vgl. fr. 18 de nox. act., fr. 17 § 9 de iniur. 47, 10.

[18]) Eine alle Teile befriedigende Lösung findet statt, sobald der Herr den Wert des Sklaven so hoch schätzt, dass er bereit ist nach jeder Seite die *litis aestimatio*, entsprechend der Höhe der einzelnen Ansprüche zu zahlen, vgl. fr. 20, fr. 14 § 1 de nox. act.

[19]) Man bedenke den Fall, dass der Schaden den *A* erlitten den Wert des Sklaven übersteigt. *A* empfinge hier eine an sich ungenügende Entschädigung, und wäre gezwungen dieselbe ganz oder zum Teil an *B* wiederherauszugeben.

[20]) Ofilius noch ist der Ansicht: "*noxae deditione ceteris noxalem actionem perimi*" (fr. 1 § 1 si ex nox. 2, 9).

Der Sinn dieser Worte ist nicht unzweifelhaft[21]; die Entscheidung wie bei allen wirklichen Konfliktsfällen[22] nur halb befriedigend.

Mehrfach verhandelt ist der Einfluss einer *scientia*[23] *domini*. Aprioristisch können dem Verhalten des Herrn verschiedene Bedeutungen zugeschrieben werden: die Schuld oder Mitschuld des Sklaven gänzlich auszuschliessen; neben dem Anspruch wider den Sklaven einen solchen auch wider den Herrn zu begründen; die wegen des Anspruchs an den Sklaven erwachsende Aktion fester an die Person des Herrn zu knüpfen als dies durch das blosse *in potestate habere* geschehn würde. Augenscheinlich haben die Juristen der klassischen Periode die einschlägigen Fragen eifrig erörtert; die Ergebnisse ihrer historischen Forschung[24] sind problematisch geblieben, dem geltenden Rechte aber haben sie ziemlich feste Form gegeben. Einmal ist der Begriff der *scientia* abgegrenzt nach zwei Seiten hin: sie ist unterschieden vom Befehl, muss aber um wirksam zu sein "*cum consilio*", in demjenigen, der "*cum prohibere posset non prohibuit*" bestanden[25] haben. Solche *scientia* macht den Herrn selber haftbar, neben den Anspruch wider den Sklaven tritt ein Anspruch wider den Herrn, daher dieser zwiefach[26],

---

[21]) Vgl. hiezu Beilage K.

[22]) Der Uebelstand würde für kollidirende Pfandrechte nicht geringer sein, wenn für diese nicht der Altersvorzug erfunden wäre.

[23]) Zimmern (a. a. O. § 75—80), Ribbentrop (Korrealobl. 243 f.), Brinz (Krit. Blatt IV. 16 f.), Bekker (Proc. Cons. 230 f. u. 259), Krüger (Cons. u. Rkr. 98).

24) Die übrigen Juristen scheinen ebensowenig von der Richtigkeit des von Celsus (fr. 2 § 1 de nox. act.) zwischen dem Zwölftafelrecht und der l. Aquilia statuirten Unterschieds überzeugt gewesen zu sein, wie sie denselben zu widerlegen vermochten.

[25]) Fr. 2 § 1 de nox. act. (Ulp.): "*. . . et sane si iussit, . . . si autem non prohibuit*"; fr. 3 (Ulp.), fr. 4 pr. (Paul.) eod. Offenbar sind diese Unterscheidungen aus praktischen Streitigkeiten erwachsen: man hatte der *scientia* eine gewisse Bedeutung wider den Dominus beigelegt; Einwurf, damit verpflichte man auch den Herrn "*qui prohibere non potuerit, qui trans flumen uiderit seruum inuito domino noxiam nocentem*".

[26]) Fr. 4 § 2 eod.: "*immo utroque modo dominus tenebitur, una autem poena exacta, quam actor elegerit, altera tollitur*". Letzteres aus demselben Grunde, weshalb von mehren freien Tätern auch nur einfacher Ersatz gefordert wird; denn "*poena*" ist hier nicht in dem technischen Sinne, zur Bezeichnung des Gegensatzes von "*res*" gebraucht. Dass auch sonst reine Ersatzklagen

doch nur alternativ belangt werden kann, entweder aus dem Anspruch gegen den Sklaven mit *a. noxalis*, oder aus dem Anspruch gegen ihn selber mit *actio* ohne Noxalqualität ("*detracta noxae deditione*"). Zwischen diesen beiden Aktionen besteht das eigentümliche Verhältnis, dass in dem *iudicium*, das aus einer von beiden gegeben wird, dem Kläger allemal freisteht die Mitberücksichtigung des andern Anspruchs, der eigentlich in die andere Aktion gehört, zu[27]) veranlassen. Hieraus ergibt sich betreffs der Klagenkonsumption:

a) wider einen Herrn, der sowol "*serui nomine*" wie "*ex scientia*" haftet, darf doch nur Ein[28]) Mal geklagt werden;
b) ist wider einen von mehren Herren einmal "*serui nomine*" geklagt, so darf wider einen andern nicht nochmals aus demselben Fundamente (*serui nomine*)[29]), wol aber wegen "*scientia*" dieses andern Herrn geklagt werden[30]);
c) ist wider einen von mehren Herren wegen dessen *scientia* geklagt, so kann noch wider jeden andern gleichfalls *ex scientia* geklagt werden[31]);
d) unter derselben (c) Voraussetzung dürfte wider einen andern Herrn "*serui nomine*" nach strengerer Ansicht überall nicht mehr geklagt werden, wogegen die neuere Anschauung, die weniger auf die angestellte

---

als pönale bezeichnet werden, darüber vgl. Pernice (Sachbesch. 122); auch fr. 9 eod.: "*sui enim facti nomine poenam meruit*".

[27]) Fr. 4 § 3 eod.: *donec autem prius iudicium agitatur licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda paeniteat, tunc ad noxalem causam transire. contra quoque, si cum eo qui scit cum noxae deditione actum sit, . . . in ipso iudicio si uoluerit et scientiam domini arguere non est prohibendus.*

[28]) Fr. 4 § 3 cit.: *finito iudicio amplius agendo cum noxae deditione exceptione rei iudicatae summouebitur, quia res in superius iudicium deducta et finita est. — amplius in dominum detracta noxae deditione danda actio non est.*

[29]) Fr. 20 pr. de interr. 11, 1 (Paul.): *sicut in seruo communi dicimus, ubi altero conuento alter quoque liberatur.* — Cf. fr. 8 eod.; fr. 5, 8, 26 § 1, 39 pr. de nox. act., fr. 11 § 3 § 1 de aqua et aq. pl. 39, 1.

[30]) Fr. 17 pr. de nox. act. Paulus nimmt stark Billigkeitsrücksichten in Anspruch die zweite *actio* wider den "*alter sciens*" zu rechtfertigen; ähnlich zweifelnd Marcellus fr. 5 si fam. furt. (47, 5): "*nisi forte hoc casu seuerius a praetore constituendum est, nec seruorum conscio parcendum est*". Das beweist nichts mehr, als die Flüssigkeit der Konsumptionstheorie zur Zeit dieser Juristen. Vgl. auch N. 32.

[31]) Fr. 5 pr. de nox. act.: *nec altero conuento alter liberabitur.*

Aktion als den damit verfolgten Anspruch sieht, unterscheiden[32]) musste, je nachdem die in dem früheren Judicium gegebene Möglichkeit, auch den Anspruch "*serui nomine*" zu verfolgen, von dem Kläger benutzt worden ist oder nicht.

Sklaven und Tiere[33]) sind, was die von ihnen ausgehenden Vergehungen anlangt, von den Römern wesentlich gleich behandelt, nach dem Vorbild der Sklaven auch die abhängigen Personen[34]), abweichend dagegen die leblosen Sachen. Vergehungen der letzteren, man verzeihe den Ausdruck, ahndet das Recht bei beweglichen Sachen der Regel nach[35]) nicht, wol aber bei unbeweglichen. Auch hier erwächst dem Verletzten ein Anspruch wider die verletzende Sache, der zu seiner Entstehung ein die Zurechnung begründendes Moment voraussetzt: der Schuld bei dem Menschen, und dem Verleugnen der Natur ("*contra naturam sui generis facere*") bei dem Tier, entspricht bei dem Immobile die vitiöse[36]) Beschaffenheit. Der

---

[32]) Die strenge Ansicht vertritt noch Paulus fr. 9 de nox. act.: "*is qui scit omnium nomine tenebitur et conuentus alterum quoque liberat*". Der Grund ist hier derselbe, der im fr. 4 § 3 eod. nach der "*actio quasi cum conscio domino*" wider die Noxalklage eine "*exceptio rei iudicatae* schafft.

Stellen direkt für die neuere Auffassung finde ich im Augenblick nicht; indirekt zeugen dafür die N. 30 genannten, da das Konsumptionsverhältnis zweier Klagen zu einander rationell nicht anders als gleichseitig sein kann. Allerdings wird hiernach Paulus wider Paulus angeführt, aber sollten denn auch blos neuere Juristen zuweilen inkonsequent gewesen sein?

[33]) Ueber den Grund der Verhaftung der Tiere vgl. Zimmern a. a. O. § 12 u. § 24—30.

[34]) Vgl. jetzt besonders Schlesinger Zschr. f. R. G. VIII. 202 f. und IX. 239 f.

[35]) Vgl. aber fr. 9 § 3 de damno 39, 2, fr. 5 § 4 ad exhib. 10, 4, fr. 8 de incendio 47, 9: auf den angetriebenen Sachen lastet ein Anspruch auf Ausgleichung des durch den Antrieb bewirkten Schadens; zu verfolgen ist derselbe zunächst mittels Retention wider die Sachen selbst; erst durch Kautionsleistung seitens desjenigen, der übrigens die Herausgabe der Sachen zu fordern hätte, "*cautio de damno praeterito*" wird das Retentionsrecht gebrochen; die Kautionsleistung wirkt also quasinovirend und die *actio ex stipulatu* wird das Mittel den zuerst wider die Sache erwachsenen Anspruch wider die Person des Promittenten zu verfolgen.

[36]) Fr. 24 § 9 de damno: "*stipulationem: si quid arborum lociue uitio acciderit*". Desgl. fr. 15 § 3, 18 § 1, § 4, fr. 24 § 1—8, § 10—12 eod., und sonst vielfach. Eine Ausnahme, Verhaftung von "*aedes non uitiosae*", wird von Ulpian, freilich nicht ohne ernstes Bedenken, "*quamuis possit quis*

Unterschied[37]) aber liegt vornehmlich darin, dass schon die Entstehung des Anspruchs wider Sklaven und Tiere diejenigen Personen die zu diesen in gewissen Verhältnissen stehn obligirt, d. h. ohne weiteres dem Verletzten Aktionen gegen eben diese Personen gibt; die Entstehung eines Anspruchs wider Immobilien aber an sich niemand obligirt, und ohne weiteres dem Verletzten keine Aktion gibt, diesem vielmehr überlassen bleibt die erforderlichen Aktionen sich selber zu beschaffen, wobei ihm dann gerichtliche Unterstützung zuteil wird. Der Verletzte muss sich kaviren, promittiren oder satisdiren lassen; die Kaution wird geleistet "*agri*[38]) *nomine*", "*aedium, aedificiorum, furni nomine*" (ganz wie der Herr bei Noxalklagen "*serui nomine tenetur*"); erst aus der Stipulation kann geklagt[39]) werden, erst mit der Stipulation beginnt[40]) die Obligation.

An Stelle der Obligation bei den Noxalklagen steht also hier nur eine Obligirungsmöglichkeit. Diese kann, ähnlich wie bei den Noxalklagen, zu gleicher Zeit begründet sein wider verschiedene Personen, die zu der fraglichen Sache in Beziehungen stehn. Weigert der Pflichtige die Kautionsleistung, so schreitet der Magistrat zwingend ein, zunächst indem er eine Art von Exekution wider die Sache verfügt "*missio ex primo*", dann "*ex secundo decreto*", und falls auch dieser noch Widerstand entgegenträte durch Gewährung einer Aktion. Dies Eingreifen ist nur in der Gestalt bekannt die das prätorische Recht demselben gegeben hat; von dem älteren civilrechtlichen Verfahren wissen wir kaum mehr, als

---

dicere, et c. . . ." (fr. 13 § 2 eod.) zugelassen, wogegen § 11 nach Julian nicht den Anspruch wider die cedirten "*aedes uitiosae*" leugnen, sondern nur eine *exceptio doli* wider die Aktion des Cedenten geben will.

37) Die Vergleichung der *cautio d. i.* mit den Noxalklagen war schon den Römern geläufig, fr. 7 § 1 eod., vgl. Zimmern (a. a. O. § 13) und Huschke (Gai. 209).

38) Fr. 38 § 1, fr. 23, 24 § 10, 39 pr., 24 § 7 de damno. Das ganze Verfahren auf beklagtischer Seite heisst, wie bei den Noxalklagen, "*defendere aedes*" oder was das Immobile sonst ist (cf. fr. 9 pr. eod.).

39) Fr. 6 de damno: *euenit ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione* — demgemäss ist die regelmässige Aktion *ex stipulatu*, vgl. z. B. fr. 15 § 1, 18 § 16, fr. 26 eod.

40) Gai. IV. 31: . . . *sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat aduersarium.* — cf. fr. 13 § 15, fr. 18 § 5, § 10 de damno.

dass es gewesen[41]), und dass es seiner geringeren Brauchbarkeit wegen den prätorischen Formen gewichen ist. Die bestellte Kaution begründet ein persönlich festeres Band als die Noxalklagen: aktiv ist Fortdauer des Interesses zur Sache Voraussetzung der aus der Stipulation zu erteilenden Klage, die unter derselben Bedingung auch Erben und Singularsuccessoren gegeben wird; passiv überdauert[42]) die einmal begründete Verhaftung den Fortfall des die Bestellungspflichtigkeit bedingenden Verhältnisses. Das "*in possessione esse*" oder "*possidere pati*" (fr. 7 pr. de damno) erscheint als Surrogat der Noxaedationsbefugnis; wer sich damit nicht loskaufen mag

---

[41]) Vgl. zu dem oben K. II. S. 47 f. angeführten Huschke, "de action. form. q. in l. Rubria exstant", in deutscher Uebersetzung Anhang seines "Gaius".

In einem Punkte ist Huschken ausdrücklich zu widersprechen. Es handelt sich um die Erklärung des in der l. Rubria vorgeschriebenen Verfahrens, namentlich davon dass die *a. in factum* als unmittelbare Folge der verweigerten Kaution auftritt, ohne zwischengeschobenes Missionsverfahren. Huschke (a. a. O. 214) meint dass den meist in Rom nur kurz verweilenden Fremden nichts daran liegen konnte, Einsturz drohende Häuser dort zu erwerben. Aber wer bereits ein Grundstück "*in bonis*" oder "*in periculo*" hat, der möchte sich auch wol den Erwerb des Nebenstücks gefallen lassen, und der Erwerb einer Ruine konnte dem Einheimischen kaum lockender dünken als dem Peregrinen; noch wichtiger, dass nach Hs. Annahme, wer das "*praedium uitiosum*" zu vertreten hätte dem Peregrinen gegenüber in die üblere Lage käme, unbedingt persönlich zu haften, "*ex promisso*" oder aber mittels der *a. in factum*, während er dem Römer gegenüber stets frei wird sobald er der Immission desselben nichts in den Weg legt. Solche Courtoisie gegen Ausländer war den Römern fremd; der Gedanke (fr. 7 § 1 de damno): "*cum enim animalia quae noxam commiserunt non ultra nos solent onerare quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea quae anima carent ultra nos non debent onerare*" ist sicher auch wider die Peregrinen durchgeführt worden. Aber wie? Dadurch dass schon die *a. ex stipulatu* dem Peregrinen nie anders als mit der Klausel "*ex fide bona*" gegeben, das *iudicium* dadurch zu einem *absolutorium* gemacht, und dem Judex Vollmacht gegeben wurde alle Umstände zu berücksichtigen die der Verurteilung des Promissors "*ex aequo et bono*" entgegengehalten werden mochten. Im Verkehr Römischer Bürger untereinander aber war die Klausel überflüssig, der Mission wegen die dem Beklagten als ausreichendes Surrogat der Noxaedationsbefugnis zur Seite stand.

[42]) Für den Uebergang der Berechtigung fr. 24 § 1, fr. 18 § 3—10, und die Analogie der *a. in factum* fr. 17 § 3; für den der Verpflichtung, ausser derselben Analogie, fr. 17 § 3 § 4, dass nicht abzusehn wie die *obligatio ex stipulatu* erlöschen sollte wenn nicht "*sub exceptione*" (cf. fr. 7 pr.) promittirt ist.

gegen den wird Leistung der nicht geleisteten Kaution fingirt[43]. Da diese Haftung "*ex re*" stammt, trifft sie auch den Pupillen[44] der der Immission sich widersetzt hat.

Was insbesondere noch das die Kautionspflicht begründende Verhältnis zur Sache anlangt, so stellt das Edikt (fr. 7 pr. de damno) einen Unterschied auf: "*damni infecti suo nomine promitti, alieno nomine satisdari iubebo*". Dabei bleibt ungesagt was überhaupt die Voraussetzungen der Verpflichtung, und was die Kriterien dieser Unterschiede seien. Eine Begrenzung der verpflichtenden Verhältnisse im allgemeinen konnte unterlassen werden, weil die Exekution (*missio in poss.*) gegen die Sache selbst gerichtet wurde; die andere Frage aber, ob der Einzelne zu promittiren oder zu satisdiren habe, scheint den Juristen zur Entscheidung überwiesen zu sein. Ist die Stellung des Kavirenden zur Sache zweifelhaft ("*dominus sit necne*"), so soll "*sub exceptione*" satisdirt werden, was auf den Fall zu beziehn ist, wo der Kautionsforderungsberechtigte dem Leistungserbötigen diejenige Stellung zur Sache abspricht, die diesem gestatten würde mit blosser Repromission abzukommen.

"*plures domini . . . pro sua quisque parte promittere debent*" (fr. 27 eod.); bei abgezweigtem Niessbrauch hat der *dominus* doch nur zu promittiren, aber "*in totum*" (fr. 10). Ueber die für Vektigalgrundstücke seitens des Grundherrn und des Erbpachters zu leistenden Kautionen redet Ulpian im fr. 15 § 26, 27 nicht ganz deutlich. Betreffs dessen, "*qui bona fide a non domino emit*" haben unter den Römern selber Zweifel bestanden, Ulpian (fr. 13 pr.) entscheidet sich für Repromission. Ebenso zweifelhaft war die Stellung des Pfandgläubigers nach fr. 11 eod. (Ulpian, Marcellus?), wogegen fr. 15 § 25 (Ulpian, Celsus?) nur von Satisdation desselben redet. Der Usufruktuar (fr. 10, fr. 15 § 25) desgleichen Servitutberechtigte (fr. 15 § 24) sollen satisdiren; wie fr. 13 § 1 gleichfalls von Ulpian damit zu ver-

---

43) Fr. 7 pr. de damno: "*iudicium dabo ut tantum praestet, quantum praestare oporteret si de ea re ex decreto . . . cautum esset*". Eine richtige Fiktion: niemand sagt das kavirt worden, aber alles soll sein wie wenn kavirt worden wäre. — Kurze Aufzählung der verschiedenen Bedingungen dieser *a. in factum* bei Windscheid Pand. II. § 458 N. 3.

44) Fr. 18 § 13 de damno. Der Pupill haftet hier persönlich ganz ebenso wie wenn er die Noxaedation unterlassen hätte.

einen, ist schwer zu sagen. — Beim Eigentumsstreit um die vitiöse Sache soll der Besitzer kaviren, eventuell wird der Besitz auf den kavirenden Petitor übertragen (fr. 39 § 1). — Auch der Immittirte selber ist dritten Berechtigten gegenüber satisdationspflichtig, bei Vermeidung der Mitimmission jener.

Das Verhältnis zur Sache, das auf der andern Seite die Berechtigung zur Kautionsforderung gibt, sind die Römischen Juristen geneigt mit dem verpflichtenden Verhältnis zusammenzustellen (fr. 5 § 1, fr. 11). Mehre "*earundum aedium domini*" stipuliren "*sine adiectione partis*" (fr. 27, cf. fr. 5 § 1); übrigens sind berechtigt "*cuius in bonis*" und "*cuius in periculo res est*" (fr. 18 pr.), der Immittirte (fr. 12), Superficiar und Fruktuar (fr. 13 § 8: "*hodie constat*"; cf. fr. 5 § 2), der Pfandgläubiger (fr. 11, 12, auch anfangs bezweifelt); der Inquiline (fr. 13 § 5). Nicht "*qui non a domino emit*" (fr. 11, 13 § 9: "*Marcellus ait*"), was aber dem Prätor kein Hindernis gewesen sein dürfte, ihn ausnahmsweise auch zuzulassen (fr. 13 § 3). Verhandelt ist ausserdem darüber, ob Fruktuar und Dominus (cf. fr. 18 § 2), desgleichen ob Superficiar und Dominus (fr. 18 § 4) wider einander, desgleichen ob Inquilinen der *aedes uitiosae* auch wider den Dominus (fr. 13 § 6) das Kautionsforderungsrecht hätten; diese Fragen werden sämmtlich von Paulus und Ulpian verneint, unter Anerkennung der vorhandenen Bedenken.

Die Kautionsleistung geschieht im Hinblick auf ein zukünftiges Ereignis:

> *hoc edictum prospicit damno nondum facto, cum ceterae actiones ad damna quae contigerunt sarcienda pertineant* (fr. 7 § 1 de damno).

Damit ist der Unterschied von den "*ceterae actiones*" richtig hervorgehoben, aber gerade was hier anders ist als bei den "*ceterae actiones*", ist hier ebenso wie bei andern Kautionsstipulationen. Der Inhalt [45]) der Kaution entspricht dem Simplum

---

45) "*Damni infecti suo nomine promitti alieno satisdari iubebo*"; auf wieviel wird nicht gesagt, selbstverständlich "*quanti ea res erit*" (cf. fr. 18 § 10). Vgl. übrigens fr. 5 § 2, fr. 7 § 2, fr. 9 § 2, fr. 17 § 4, fr. 18 § 6, fr. 28, fr. 29, fr. 40 pr. *non oportet infinitam uel immoderatam aestimationem fieri.* — § 2. *quoties . . . plures agunt, quia in eadem re damnum passi sunt, non debet unusquisque eorum in solidum agere, sed in partem experiri, neque enim damnum quod pluribus datum est unicuique in solidum datum est.*

bei einer Deliktsklage, er deckt sich mit dem Betrag des Anspruchs. Haben verschiedene Personen Ansprüche, so können Konflikte[46]) eintreten, dann besonders wenn mehre in eine minder wertvolle Sache immittirt werden.

Die Frage, ob das Verhältnis des Berechtigten zu der lebenden Sache, betreffs deren er Noxalforderungen hat, und zu der todten, derentwegen ihm *d. i. c.* zukommt, als ein *ius in re (aliena)* zu betrachten sei, wurde von den Römern nicht einmal aufgeworfen; darum sucht man in den Quellen vergebens nach der Antwort, die für die moderne Theorie[47]) unentbehrlich ist.

---

[46]) Fr. 15 § 15 de damno: *si plures sunt qui postulent ut caueatur, omnes mitti in possessionem solent* — § 18 . . . *cum igitur plures mittuntur, aequaliter omnes quasi in totum missi partes concursu habebunt.* Damit ist der Konflikt nicht gelöst sondern durchschnitten. Eine andere Art des Konflikts wenn von mehren Kautionspflichtigen jeder *in solidum* promittirte (cf. fr. 27). Sind sämmtliche Schädigungen Folgen eines und desselben Vorgangs, so wird überall nur zwischen Prävention und dem "*partes concursu fieri*" zu wählen sein; wären aber der beschädigenden Ereignisse mehre, heute wird das Grundstück *A* und morgen *B* lädirt, so empföle sich wiederum (vgl. S. 191 N. 18) dem späteren einen Vorzug zu geben.

[47]) Diese Frage ist nicht soviel erörtert worden wie die nach dem Rechtscharakter der *pignoris obligatio*; die Sachlage ist beidemal im wesentlichen dieselbe.

XI. KAPITEL.

ACTIONES IN REM.

Mit der Sonderung der dinglichen und der persönlichen Rechte haben die Römer etwas bleibendes geschaffen; dass dieselbe ihnen so früh gelungen, ist eines der augenfälligsten Zeugnisse für die vorzügliche juristische Begabung des Volks. Die Unterscheidung ist in spezifisch Römischer Weise durchgeführt, unvollständiger einerseits als von unserm Standpunkt zu wünschen wäre, und doch wieder vollkommener als wir sie bald zu Stande zu bringen hätten hoffen mögen.

Das rein theoretische Auseinanderdenken lässt hier wie sonst zu wünschen übrig. Dass alle Rechte eines körperlichen Objekts bedürfen, dass dieses seiner Natur nach bald handlungsfähig bald handlungsunfähig sein kann, und dass die Natur des Objekts auch für die Natur des Rechts massgebend sein muss, das sind an sich einfache Sachen, die aber auch bei uns noch keineswegs Gemeingut Aller geworden sind. Die Römer haben dies alles nie gesehn, ja sie haben nicht einmal Namen gefunden für die in ihren Empfindungen fest geschiedenen Gebiete.

Denn empfunden haben sie den Gegensatz sehr bestimmt, und haben mit instinktiver Kraft die praktischen Fragen der Empfindung entsprechend gelöst; die praktischen Fragen, d. h. vornehmlich die den Prozess betreffenden. Fest steht dass Rechtshülfe vom Staat allezeit nur gewährt werden kann wider Menschen; diese Wahrnehmung verleitet leicht zu dem Irrglauben, dass auch die staatlich zu schützenden Rechte

sämmtlich wider Menschen sich kehren müssten. In der Entdeckung dass das zu schützende Recht und das Schutzmittel desselben verschiedene Objekte haben können, liegt ein grossartiger Fortschritt der Erkenntnis. Wo der mit Klage Belangte identisch ist mit dem Objekt des Rechts findet statt *actio in personam;* wo nur der Belangte Person, das Objekt des klägerischen Rechts aber Sache ist, findet statt *a. in rem.* Der Name ist elliptisch: genau besehn ist das Schutzmittel, eben die *actio*, auch hier *in personam*, da sie ja tatsächlich nur wider einen persönlichen Gegner durchgeführt werden kann, nur das Recht, wegen dessen die *actio* eintritt, ist *in rem.*

Wo das Rechtsobjekt Person (= handlungsfähiges Etwas), tritt seine Handlungsfähigkeit auch für dies Objektsverhältnis massgebend hervor. Handeln, nicht leiden soll es; dem Subjekt ist jede Art der Einwirkung untersagt, die nicht etwa blos auf die Hervorrufung des Handelns seines Objektes hinausliefe. Uebrigens ist kein Handeln direkt erzwingbar, der Zwang gleichviel ob vom Einzelnen oder vom Staat geübt kann wo er dies Ziel verfolgt nur ein indirekter sein. Gerade das älteste Römische Recht scheint völlig unter der Herrschaft dieses Gedankens oder dieser Empfindung zu stehn: keine Spur von dem was, wie vielleicht eine *exsecutio ad faciendum*, doch als versuchter direkter Zwang ausgedeutet werden könnte; desto grössere Energie des indirekten Zwanges. Handelst du nicht wie das Recht fordert, so ist dein Gläubiger befugt erst dir alle Annehmlichkeiten der Existenz zu entziehn, dann die Existenz selber, regelmässig die bürgerliche, eventuell selbst die physische, zu brechen.

Ganz anders wo eine Sache Objekt des Rechts ist; sie kann nicht handeln, demgemäss muss die Rechtsausübung in Handlungen des Subjekts aufgehn. Diesem bleibt es überlassen aus der Sache so vielen Vorteil sich herauszuholen, wie die Grenzen seines Rechts und seines persönlichen Könnens gestatten. Bei der Rechtsübung der handlungsunfähigen Sache gegenüber scheint jede Staatshülfe müssig; sie wird erforderlich erst sobald dritte Personen sich einmengen, den faktischen Bestand des Verhältnisses stören[1]) und durch ihr

---

[1]) Beiläufig dass ich hier die Ausdrücke "Störung" und "stören", nicht aber "Verletzung" "verletzen", gebrauche, weil jene mir auf einer mehr ur-

Dazwischentreten zwischen Subjekt und Sache die rechtmässige Einwirkung jenes auf diese ausschliessen. Aus dieser Störung erwächst eine *actio* wider den Störer, aber doch nicht eigentlich (d. h. nicht den *actiones in personam* gleich) wider ihn. Die *actio* haftet an der Person des Störers nicht als Person, sondern als Störer, sobald er aufhört Störer zu sein fällt sie fort. Darum ist auch diese *actio* nicht *in personam*, obschon wider eine Person agirt wird und nach der ganzen Einrichtung des Prozesses nur wider eine Person agirt werden kann. Trotzdem dass die *actio* eventuell wider eine Person durchgeführt werden muss, ist sie wirklich *in rem*, sie hat kein ander Ziel als Wiederherstellung des tatsächlichen Verhältnisses vom Subjekt zur Sache, so wie dies dem dinglichen Rechte gemäss ist. Mit der Wiederherstellung dieses Verhältnisses ist diese *actio* todt, bis zu ihrem Tode aber kann sie von einem persönlichen Aktions- (nicht sachlichen Rechts-) Objekt zum andern hinüberspringen, falls in der Rolle des Rechtsstörers ein Personenwechsel stattfände. Sie folgt der Sache bis sie dieselbe dem Rechtssubjekte zurückgeschafft hat; in diesem Sinne ist diese *actio* nicht "*in personam*", sondern wirklich "*in rem*".

Die *a. in rem* ist schon im alten Prozesse nicht minder konsequent und sachgemäss gestaltet als die *a. in personam*. Wer klagen will muss die Sache, die Objekt des Rechts ist, oder ein Stück derselben als Repräsentanten *in iure* produziren; im Vergleich zur Sache kommt der Person des Beklagten nur eine, freilich auch unentbehrliche, Nebenrolle zu. Daher kann der zu Beklagende zwar die Folge *in ius* nicht weigern, hier angelangt aber gibt es keinen Zwang wider ihn zur Uebernahme des Prozesses. "*in rem actionem pati non compellimur*", der Satz galt noch als die Vindikation längst ihren ursprüng-

---

sprünglichen Anschauung, diese auf reiferer Reflexion zu beruhen scheinen. Uebrigens will ich mir wider Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII. 29 ausdrücklich das Recht vorbehalten, den Urheber einer "Verletzung", zumal wenn von Rechtswegen eine Reaktion wider denselben stattfindet, "Verletzer" und "Rechtsverletzer" zu nennen. Wir streiten hier nur um einen Wortgebrauch, aber auch bei diesem taugt es nicht die Konsequenz zu verleugnen: kann man von dem, der in gutem Glauben eine Sache dem Berechtigten vorenthält, nicht sagen dass Er das Recht Jenes "verletzt" habe, so darf man bei solchem Vorgang auch von "Verletzung" des Rechts überall nicht mehr reden, denn ein Anderer oder ein Anderes hat das Recht sicher nicht "verletzt", und ein "verletzt werden" ohne "verletzendes Subjekt" ist undenkbar.

lichen reinen Charakter verloren hatte, und in diesem Aufrechterhalten der alten Regel ein derber Verstoss lag gegen die Rücksicht auf die neuen in die *actio in rem* mit hineingezogenen persönlichen Elemente. Nur wenn der "*in ius uocatus*" auch hier "*in iure*" seinen Widerstand noch fortsetzt, beginnt die *actio* wider ihn; anerkennt er nur schweigend das Recht des Klägers an der Sache, so tritt er alsbald ausser Verfolgung, gleichviel was die früher von ihm ausgegangenen Störungen dem Kläger bisher geschadet haben mögen.

In ihrer ursprünglich reinen Gestalt ist die *a. in rem* demnach weit verschieden von der *a. in personam*. Gemeinschaftlich beiden ist das Verfahren wider eine Person, das diese nötigt "*in iure*" zu erscheinen und dort eventuell einen Rechtsstreit zu übernehmen; darum eben sind beide *actiones*. Verschieden dagegen, dass die *a. in personam* stets einen Anspruch, d. h. ein Recht oder Quasirecht auf Leistung, also wider eine Person, und zwar der (keineswegs ausnahmslosen) Regel nach wider dieselbe Person, wider welche die Aktion sich richtet; die *a. in rem* aber bei ihrer ersten Erhebung, trotz der voraufgegangenen Verletzung des klägerischen Rechts, einen solchen Anspruch noch nicht umschliesst, dieser vielmehr nur durch das prozessualische Verhalten des Beklagten zu stande kommt, denn erst mit dem Annehmen der Vindizien erwächst die persönliche Restitutionspflicht. — In späterer Zeit [2]) nimmt die Vindikation viele persönliche und aus den dem Prozesse vorhergehenden Ereignissen erwachsene Ansprüche in sich auf; davon nacher.

Für die Bestimmung der einzelnen Fälle der *a. in rem* lag eine Schwierigkeit in der Natur des Gegenstandes, eine andere in einer eigentümlichen Betrachtungs- und Behandlungsart desselben seitens der Römer. Jene natürliche Schwierigkeit ergibt sich aus der Willkürlichkeit der Abgrenzung des Begriffs der einzelnen Sachen. Bei den Personen ist das Individuum mit dem Begriff gegeben, Personen die Komplexe verschiedener Individualitäten sind, und bei denen die Abgrenzung in Frage kommen könnte, sind künstliche Bildungen,

---

[2]) Doch will ich nicht anstehn hiemit ausdrücklich anzuerkennen dass die von mir im Jahrb. des gem. Rs. IV. 178 f. gegebene Darstellung der *actiones in rem* an Einseitigkeit leidet, indem der dingliche Inhalt dieser Aktionen neben dem persönlichen vernachlässigt ist.

mit denen erst ein fein entwickeltes Recht zu tun bekommen kann. Dahingegen beruht die Einheitlichkeit der Sachen durchweg auf Uebereinkunft: bei Immobilien pflegt für die Scheidung jeder natürliche Anhalt zu fehlen; bei Mobilien ist ein solcher oft vorhanden oft nicht, und auch wo er besteht ist er für die rechtliche Auffassung nie unbedingt massgebend. Es ist daher begreiflich, dass die Prüfung, was als Eine Sache zu behandeln und mit Einer *a. in rem* zu umspannen sei, den Römern stets Not und Mühe gemacht hat, und beispielsweise noch in der Justinianischen Kompilation an der Spitze des Digestentitels, der *ex professo* die *a. in rem* behandelt, eine Reihe von Entscheidungen zusammengestellt ist, die vornehmlich um diesen Punkt sich drehen. Auch dass man hiebei zu der Unterscheidung von "*actiones quae de uniuersitate proponuntur*" und "*actio singularum rerum petitionis*" gekommen, scheint naheliegend.

Spezifisch Römisch dagegen war die Ausweitung des Sachbegriffs in das Gebiet der Personen hinein. Der Kriegsgefangene, der seiner Natur nach Person ist, gilt dem Römischen Rechte als Sache; es gibt also auch nur Sachenrechte an ihm, keine *a. in personam* gegen ihn, wol aber eine auf ihn bezügliche *a. in rem.* Notwendige Folge hievon, dass wo nicht die subjektiven Beziehungen des Rechts am Sklaven, sondern das Dasein des Rechts selber bestritten würde, auch diese Streitigkeit, die "*liberalis causa*", mochte sie als "*in seruitutem petitio*" oder als "*in libertatem proclamatio*" zu Stande kommen, der *in rem actio* analog[3]) gestaltet werden musste. Dies Sklavenrecht wirkte dann auf die Familienverhältnisse zurück; schwerlich wären die Römer in der Beschränkung der privatrechtlichen Persönlichkeit bei den Haushörigen soweit gegangen, wenn sie nicht das Bild der Vernichtung der Persönlickeit bei den Sklaven tagtäglich vor Augen gehabt hätten. Das Recht am *filius familias*[4]), noch mehr am *liberum caput in mancipio*, ferner an der *uxor in manu* und selbst am

---

3) Das beste Bild geben die Berichte über den Prozess der Virginia.

4) Da die Zulässigkeit einer Vindikation des Haussohns im älteren Recht aus der Möglichkeit der *in iure cessio* notwendig folgt, so dürfte die Ulpian-Pomponische Notiz fr. 1 § 2 de R. V. 6, 1. nicht sowol von der Einführung als von einer Beschränkung der Vindikation freier Personen in späterer Zeit zu verstehen sein.

Pflegbefohlenen des Vormunds, Verhältnisse die zum Teil sicher nicht jünger waren als die *dominica potestas*, werden nun nach dem Beispiel dieser weiterentwickelt, ihr gleichartig gemacht, welche Gleichartigkeit ihren deutlichsten Ausdruck in der Uebereinstimmung des Aktionenschutzes erhält. Ueberall bekundet die Zulassung der *in rem actio* ein gröberes oder feineres Verleugnen der Persönlichkeit des Rechtsobjekts. — Ein so naturwidriges Streben trägt den Keim des Untergangs in sich, mag es von äusseren Umständen durch Jahrhunderte oder gar durch Jahrtausende lebendig erhalten werden. Zuerst hat die Vormundschaft aufgehört *ius ac potestas in capite libero* zu sein; demnächst ist schon von den Römern die *manus* begraben, und dem Recht an der Frau der Charakter eines Sachenrechts entzogen worden. Im Sklavenrecht selber haben die Römer sich gezwungen gesehn, an vielen Punkten vom Prinzip abzugehn; trotz dieser Milderungen musste das ganze Institut einer vorgeschritteneren Kultur unerträglich erscheinen. Nur die *patria potestas* konnten wir übernehmen, weil bei ihr schon die römische Rechtsentwickelung alle schärferen Spuren des sachenrechtlichen Wesens ausgetilgt hatte; aber auch so genügt sie unserem Rechtsgefühl noch nicht, und wir sind unablässig an der Arbeit sie zum reinen Personenrecht umzumodeln, was nur darum sobald noch nicht gelingen will, weil die bekannten reinen Personenrechte (Obligationen) nicht wohl zum Muster für das zu schaffende neue genommen werden können.

Wir haben bisher die *a. in rem* als Schutzmittel schlechthin des Rechts an der Sache betrachtet, als ob es nur Ein solches Recht gebe, verschieden schattirt je nach den Verschiedenheiten des ihm unterliegenden Objekts. An einer Sache aber können auch mehre Rechte, alle echte Sachenrechte, alle des Schutzes durch dingliche Klage bedürftig bestehn. Diese Mannigfaltigkeit von Rechten an derselben Sache ist nichts von Juristen erdachtes, sondern im Leben geschaffen.

Der einfachste Fall scheint zu sein der einer rein mathematischen Teilung der ursprünglichen mit keiner Schranke bekannten Herrschaft über eine Sache[5]). Durch Erbschaft

---

[5]) Vgl. hiezu unten K. XII, und wider die Auffassung von Windscheid Pand. I. § 140 u. 169a., einstweilen Eck Doppels. Klagen 93 f.

zumal kommt die Sache, die bisher einem Einzelnen zugestanden, in das Recht Mehrer, die es ihrem Interesse entsprechend finden die Sachteilung vorläufig zu unterlassen. Bis zu dieser hat jeder Recht an der ganzen Sache, an jedem Stückchen derselben, aber an keinem Stückchen mehr als ein Teilrecht, verglichen mit dem seines Auktors. Solches Teilrecht ist schutzbedürftig einmal wider die übrigen Teilberechtigten, sodann wider Dritte. Die Beziehung zu den übrigen Teilhabern ergibt besondere Verhältnisse die nicht mit der *a. in rem* genügend zu reguliren sind, Dritten gegenüber aber ist die Stellung des Teilberechtigten nicht wesentlich von der eines Ganzberechtigten unterschieden, auch ihm darf niemand der nicht selber zu den Berechtigten zählt den Zugang zu irgend welchem Stückchen der ihm wenn auch nur *pro parte* zugehörigen Sache wehren. Die *uindicatio partis* muss nach allem der *uindicatio rei* sehr nahe gestanden haben.

Bei weitem schwieriger ist das Verhältnis der *uindicatio iuris* zur *uindicatio rei* zu ergründen. So wenig die Unbegrenztheit und Ausschliesslichkeit im Begriff eines Rechts an der Sache liegt, ebensowenig lässt sich verkennen dass die natürliche Entwickelung zuerst zu solchen unbegrenzten und ausschliesslichen Rechten führen musste, und dass begrenzte und mit andern verträgliche Sachenrechte das Produkt einer höheren Entwickelungsstufe sind. Nur wer schon zur Anerkennung des volleren Rechtes eines Andern gezwungen werden kann, wird sich selber an beschränkter Herrschaft über die Sache genügen lassen wollen; die ursprüngliche Entstehung von umgrenzten Rechten an *res nullius* widerstreitet der natürlichen menschlichen Habgier. Auch fordert die Zurückführung der bei der *confessoria* und bei der *negatoria* in Frage tretenden Ansprüche auf zu Grunde liegendes dingliches Recht, ein viel gewandteres Abstraktionsvermögen als erforderlich war um die Reaktion wider Besitzbruch aus dem verletzten Eigentume herzuleiten.

Doch wissen wir dass diese Aufgabe von den Römern schon in der Zeit des Legisaktionsprozesses gelöst ist, und mit klarem Bewusstsein, wie die Formeln "*aio mihi ius esse eundi, agendi, etc.*" beweisen. Ein "*ius*" also, ein Gewaltsverhältnis des Einzelnen zur Sache anerkannt und geschützt vom Staate, dem Eigentum darin gleich dass als Inhalt des Rechts dem

Einzelnen ein gewisses Handeln in Beziehung auf die Sache, der Sache aber das entsprechende *pati* zusteht; unterschieden von dem Eigentum durch den Umfang der dem zuständigen *facere* und *pati* gegeben ist. Uebrigens kein Stück des Eigentums, weil man nie darauf verfallen ist das Eigentum nach den einzelnen Einwirkungsbefugnissen auf die Sache in Stücke zu zerlegen. Eine engumgrenzte Herrschaft häufig, aber immer doch eine Herrschaft, als solche praktisch und theoretisch anerkannt, durch Klagschutz und die entsprechenden Bezeichnungen.

Alle im Römischen Prozesse zum Schutze dieser Rechte benutzten Spruch- und Schriftformeln sind, soweit wir sehn, völlig korrekte mit der Formel der *rei uindicatio* im schönsten Einklang stehende Gebilde. Denn

s. p. Ao. ius esse eundi in fundo C.

und

s. p. fundum C. ex iure Quiritium Ai. esse

laufen in der Tat völlig parallel, für das "*fundum ex i. Q. Ai. esse*" hätte ebensogut gesetzt werden können "*Ao. dominium ex i. Q. in fundo esse*", der Sinn wäre derselbe geblieben. Dagegen erleidet der technische Sprachgebrauch eine allerdings bedenkliche Ausbauchung, wenn auf Grund dieser Formeln von einer "*itineris uiae usus fructus seruitutis uindicatio*" geredet wird. Hier hört die Parallele mit der "*rei uindicatio*" auf; was vindizirt wird ist einmal das Recht das andre Mal das Objekt des Rechts. Dieselbe Laxheit zeigt sich bei Benutzung des Wortes "*possessio*" und sonst vielfach. Sie ist nicht schlimmer als die Wortkargheit der Römer die zur Bezeichnung der disparaten Begriffe des objektiven und des subjektiven Rechts mit Einem Ausdruck auskommen wollte, und würde minder gefährlich sein, wenn alle Welt gewöhnt wäre stets das Zeichen und den Gedanken eines Worts überlegt auseinanderzuhalten.

Wenden wir uns von den Arten zur geschichtlichen Entwickelung der *in rem actio*. Charakteristisch für das älteste bekannte Verfahren [6]) ist die Zweiseitigkeit, oder besser Gleich-

[6]) Die Angriffe welche die gemeine Meinung über dies Verfahren, insonderheit betreffs der Bedeutung der Vindizienerteilung, von Karlowa Beiträge 53 f., Ihering Geist III. 89 f., vgl. Jahrb. f. Dogmat. IX. 58 f., Eck, Doppels. Klagen 10 f., machen eine Revision der Begründung des Traditio-

seitigkeit desselben *in iure*. Diese erscheint als Folge davon, dass eben *in rem* prozessirt wird: die *actio* dreht sich nicht um das was Einer dem Andern getan oder zu leisten hat, sondern um das Verhältnis der Person zur Sache. Dies spricht der Eine aus, mit dem

aio rem meam ex i. Q.;

träte dem der Andere mit einfacher Negation entgegen, so läge überall kein Grund vor die Sache unter Umständen diesem Andern zuzusprechen; auch würde aus dem Verfahren selber nicht ersichtlich, was der Andere für eine Berechtigung hätte die Behauptung des Ersten in Zweifel zu ziehn. Kurzum man bekäme einen Prozess ohne rechten Grund und Zweck von sehr problematischer Nützlichkeit; denn mit der rechtlichen Feststellung dass die Sache dem Einen nicht zukomme, ohne jedes positiv ergänzende Element dieses Ausspruchs, wäre überall wenig gewonnen. Ganz anders in Rom. Agerius und Numerius beide klagen *in rem*, jeder nimmt, zunächst unbekümmert um den Andern, die Sache für sich in Anspruch; in der Behauptung, die je der Eine aufstellt, liegt zugleich der Grund seiner Berechtigung dem Andern mit Widerspruch entgegenzutreten und eine Rechtsentscheidung herbeizuführen. Behielte das Verfahren dieselbe Gleichseitigkeit bis zum Ende unverändert bei, so könnte es möglichesfalls dahin kommen dass der Richter lediglich

---

nellen unentbehrlich. Dabei überzeugt man sich bald, dass die äussern Argumente, direkte Quellenzeugnisse für die eine wie die andere Ansicht überaus dürftig sind; so z. B. beweist dass beide Theile *praedes sacramenti* stellen müssen (Eck a. a. O. N. 36) nicht mehr als dass beide Teile in früherer Zeit das Sakrament körperlich einsetzten, und auch Gai. IV. 16 beweist nicht mehr als dass der Jurist über die bestimmenden Gründe einer Vindizienerteilung sich an dieser Stelle näher auszulassen nicht bemüssigt war, das "*praedes aduersario dare*" ist beidemal an seinem Platz mag man nun annehmen dass diesem *aduersario* eine überwiegende Beweispflicht zufiel oder nicht. Daher werden vornehmlich innere Gründe herhalten müssen, die wie bekannt sehr verschiedenartigen Beurteilungen zu unterliegen pflegen. Geht man bei ihnen zumeist von den beiden Gedanken aus, dass die Römer selten auf etwas ganz ungehöriges verfallen sind, und ihre Rechtsentwickelung meist auf geradem Wege vorgegangen ist, und fordert danach Resultate die an sich nicht abwegig zugleich mit dem, was wir sonst von anderem Aehnlichem gleichzeitigem und späterem wissen, im Einklang stehen, so scheint mir die alte Tradition bei weitem glaublicher als was irgend neueres ihr gegenübergestellt worden ist.

1) *rem Agerii non esse*

2) *rem Numerii non esse*

zu befinden hätte, ein Erfolg dessen Unzweckmässigkeit schon bemerkt ist. Zur logischen Notwendigkeit ist darum eine prozessualische gefügt: logisch notwendig dass *res* die im Eigentum des Agerius steht im Eigentum des Numerius nicht stehe, daher die Bejahung der Behauptung des Einen die Verneinung der Behauptung des Andern bedingt; prozessualisch notwendig[7], dass die Verneinung des Eigentums des Einen als Bejahung des Eigentums des Andern ausgedeutet wird. Nun kann der Prozess ein formell unbefriedigendes Resultat überall nicht mehr ergeben; entweder

rem Agerii esse, daher logisch *Numerii non esse*

oder

rem Agerii non esse, daher prozessrechtlich *Numerii esse*.

Bei dieser Verknüpfung der Negationen und Positionen aber kann die Gleichseitigkeit nicht mehr aufrecht erhalten werden, ein Teil muss den Haupt- der andere den Gegenbeweis zu erbringen haben, will sagen dass wenn A. beweisfällig wird, sei es auch dass N. selber positiv nicht mehr zu erweisen vermocht hätte, das formal-prozessualische Resultat dahin ergeht:

rem Numerii esse.

Die Gleichseitigkeit ist gebrochen, der eine Teil hat eine bevorzugte der andere eine benachteiligte Stellung bekommen. Diese Stellenzuweisung geschieht mit der Vindizienerteilung[8]) seitens des Magistrats: interimistischer Besitz

7) Ich betrachte dies als Ergebnis einer positiven Prozessvorschrift. Wo das *sacramentum* des Agerius *iustum* ist, kann das des Numerius nicht anders als *iniustum* sein; wo das des Agerius *iniustum* ist, könnte das des Numerius, falls es nicht einfach für die Negation der klägerischen Behauptung gesetzt wäre, auch *iniustum* sein, und damit wäre der Zweck des Prozesses vereitelt. Also hat das Gericht von den beiden Behauptungen stets die eine voranzustellen und zu prüfen, und nicht blos, was selbstverständlich, wo es dieselbe begründet findet (*s. iustum*), die andere für unbegründet zu erklären, sondern auch, was nicht selbstverständlich, *ex utilitate* oder gar *ex necessitate* in das Prozessrecht aufgenommen ist, wo es die vorangestellte Behauptung unbegründet (*s. iniustum*) findet, die andere darum für begründet (*s. iustum*) zu erklären. — Um die Annahme einer solchen Prozessregel kommt niemand herum, der nicht behaupten wollte, es habe unter Umständen Richter den Kläger und den Beklagten abzuweisen gehabt.

8) Dies ist der Kernpunkt des Streites. Bei Karlowa a. a. O. bleibt unausgeführt, wie er sich das Judizium bei andauernder Zweiseitigkeit des

und die bessere Beweislage werden zugleich verliehn. Für die Erteilung der Vindizien konnten vernünftigerweise wol nur zwei Gedanken[9]) massgebend sein: entweder der Magistrat gibt einen Vorentscheid über das Recht, er gewährt Vindizien demjenigen den er nach vorläufiger Ermittelung für den Eigentümer ansieht; oder er bekümmert sich um das Recht gar nicht sondern blos um das Faktum, d. h. den Vindizienbesitz erhält wer zuvor schon die Sache in seiner Gewalt hatte. Offenbar hat der zweite Gedanke in Rom durchgeschlagen. Dabei sind verschiedene Fälle zu unterscheiden: die Parteien sind einig über Beantwortung der massgebenden Fragen, der Magistrat gibt Vindizien ohne weiteres nach den Parteiangaben; die Parteien sind nicht einig, der Magistrat prüft die Sachlage und entscheidet danach, ursprünglich durchweg selbsttätig, später nur bei durchsichtigeren Fällen, während bei den verwickelten ein Interdiktenprozess[10]) voraufgeht; wäre aber wer

---

Verfahrens praktisch gestaltet denkt; die Schwächen der Iheringschen Ausführungen deckt meist treffend auf Eck a. a. O.; mit diesem komme ich darin überein, dass wenn keine der Parteien ihr Eigentum dem Richter scheinbar („*ut pareat*") zu machen weiss, der Besitzer die Sache behalten soll. Unsere Deduktionen aber gehn auseinander: ich sage Besitz gibt Vindizien, Vindizien die Beklagtenrolle, die Beklagtenrolle den Sieg im Falle der Beweisfälligkeit des Gegners; dies alles dem späteren Rechte völlig analog, und ohne Gegenargument das dieser Analogie zu folgen verböte. Eck deduzirt: Besitz gibt nicht die Vindizien und keine bevorzugte Stellung zum Beweise, beweisen muss Agerius wie Numerius, wer die Vindizien hat und wer sie nicht hat; aber wo kein voller Beweis des quiritarischen Eigentums erbracht wird, da soll der Richter für den entscheiden, „welcher das relativ bessere Recht beziehungsweise den jüngeren Besitz der Sache dargetan" hat. Hiernach würde der Besitz ein Surrogat des Eigentums und gleichsam als präsumptives Eigentum behandelt, was den Zeugnissen aus späterer Zeit, vgl. namentlich fr. 12 § 1, fr. 52 pr. de acq. u. am. p. 41, 2, fr. 1 § 2, fr. 2 uti poss. 43, 17, direkt zuwiderläuft, und auch für das ältere Recht aller Unterstützung baar ist.

[9]) Regelmässig nämlich, ausnahmsweise auch andere wie z. B. der *fauor libertatis*. In solchen Ausnahmsfällen hatte die Vindizienerteilung dann auch exceptionelle Wirksamkeit, daher kein Schluss von dem Freiheitsprozess auf das gewöhnliche Verfahren gestattet ist. Beiläufig: sind stets „*uindiciae secundum libertatem*" gegeben? oder galt hier in ältester Zeit die gewöhnliche Regel, allmählich brach die humane Ausnahme ein, und erst nachdem der allgemeine Volkswille sich eklatant wider Appius Claudius erklärt hatte, fiel es keinem Magistrate mehr ein auf das alte Recht sich zu versteifen?

[10]) Mit dieser Annahme, die direkt sowenig zu beweisen wie zu widerlegen ist, beseitigt sich der oft wiederholte Einwurf aus der Inkompatibilität der *interdicta retinendae possessionis* und der Vindizienerteilung gegen das was

die Vindizien erhalten sollte zu den vorgeschriebenen Gegenleistungen, Prädenstellung u. s. w. nicht bereit, so geht der Vorteil auf die andere Seite über. Mit dem Einseitigwerden Hand in Hand geht das Zurücktreten der rein dinglichen und das Einfliessen persönlicher Elemente in die *actio in rem.* Wer die Vindizien erhalten, ist unter einer Bedingung (“*si uindiciam falsam tulit*”) verpflichtet sie zu restituiren an seinen Prozessgegner; also Leistung und Anspruch auf Leistung, ähnlich wie bei den persönlichen Aktionen.

Nach aller Wahrscheinlichkeit sind die ältesten Formeln aller andern Vindikationen, auch der *iura in re aliena* betreffenden, sämmtlich ähnlich zweiseitig gewesen, Rechtsbehauptung von der einen und Rechtsbehauptung von der andern Seite[11]), so verhäkelt ineinander dass die Bejahung je der einen die Verneinung der andern bedingt, wogegen die Verneinung beider an sich möglich nur durch den prozessualischen Gebrauch ausgeschlossen ist. Die Vindizienerteilung hier, über die alle nähern Zeugnisse fehlen, muss der Mustervindikation ähnlich gewesen sein.

Mit der Zeit schwindet die Doppelseitigkeit der *actio in rem* auch in ihrem ersten Abschnitte. Der Servitutenstreit fällt auseinander in *confessoria* und *negatoria*, bei deren jeder die Parteiunterschiede ebenso feststehn wie bei irgend einer persönlichen Klage. Nach Einführung der *interdicta retinendae possessionis* wird auch bei der *uindicatio rei* die Zweiseitigkeit des Verfahrens *in iure* zur blossen Form. Da eine andere auch noch dem Legisaktionsprozesse zugehörige Art der dinglichen Klage “*per sponsionem*” bekannt ist, so drängt sich die Vermutung auf, dass die Erfindung derselben mit jenen Interdikten wenigstens innerlich zusammengehangen habe. Wer in seinem dinglichen Rechte gekränkt zu sein vermeint hat jetzt zwei Mittel dasselbe zu verfolgen, “*agere in rem*” oder “*certare de*

---

die Quellen (fr. 1 § 2 uti poss. 43, 17 Ulp., cf. § 3, Gai. IV. 48, § 4 I. de interd. 4, 15) über die Entstehung dieser Interdikte berichten.

[11]) Auffällig dass Keller Civ. Pr. § 15, und Rudorff R. G. II. § 36, sich noch an Formeln genügen lassen, die mehr dem Muster der persönlichen Klagen folgen

aio mihi ius esse — nego tibi ius esse.

Andere dürften früher schon das richtige getroffen haben; vgl. jetzt auch Eck a. a. O. 20.

re" (cf. Cicer. in Verr. II. 1, 115); bei diesem dem neueren verzichtet er von vornherein auf jeden Gewinn den die Doppelseitigkeit des älteren Verfahrens ihm bieten konnte, er selber weist den Beklagten in die Stellung die dieser sonst erst durch Vindizienerteilung[12]) erlangen konnte, mit allen Vorteilen und Nachteilen, beispielsweise der Kautionspflicht "*pro praede litis et uindiciarum*".

Beide Klagarten kommen dann auch im Formularprozess wieder nebeneinander vor, statt der alten *l. a. in rem* die *formula petitoria*, und statt einer *legis actio* über die *summa sponsionis* ein Formularstreit[13]) über dieselbe. Der Sponsionsprozess *de re* mag also wol als Nachbildung[14]) der alten zweiseitigen *l. a. in rem* aber nicht wol als Vorbild der *formula petitoria* genannt werden, die sich vielmehr an die ältere Legisaktion selber anschliesst, ohne das Bedürfnis einer Brücke[15]) hervortreten zu lassen.

Mittelbar hängt mit dem Einseitigwerden der *r. u.* die Erweiterung des Kreises derjenigen die beklagt werden können zusammen. Wo die Vindizienerteilung *in iure* stattfand, konnte das Judizium stets nur wider einen vom Prätor bestellten Besitzer gehn, d. h. wider einen juristischen Besitzer der vor Gericht bereits die Behauptung eigenes Eigentums aufgestellt hatte. Dies zweite Requisit fällt zunächst fort, bei allen einseitigen Formen der dinglichen Klage kann ebensogut wider den vorgegangen werden der sich kein Eigentum zuschreibt, wie gegen

---

[12]) Das mochte sich empfehlen wo die Besitzverhältnisse entweder an sich zweifellos oder durch ein Interdikt bereits regulirt waren. Leider ist aus den Quellen über die Verschiedenheit der praktischen Erfolge zu wenig zu entnehmen, um uns in den Stand zu setzen sicher beurteilen zu können unter welchen Voraussetzungen Klägern die eine, wann die andere Klagform zweckmässiger dünken musste.

[13]) Gai. IV. 95: . . . *si apud centumuiros agitur summam sponsionis non per formulam petimus sed per legis actionem.*

[14]) Unter andern auch wegen der "*stipulatio pro praede litis et uindiciarum*"; vgl. Karlowa a. a. O. 54 f.

[15]) Die Ausführungen des Textes nehmen in der bekannten Stintzing-Kellerschen Kontroverse über den Sponsionsprozess eine mittlere Position ein. Falsch ist sicherlich mit Keller drei Prozessformen zu unterscheiden, da zweimal zwei bezeugt sind, wie denn auch Cicero (a. a. O.) und Gai. IV. 91 immer nur je zwei Formen "*cum in rem actio duplex sit*" einander gegenüberstellen.

irgend welchen Rechtsprätendenten. Aber auch das Erfordernis des juristischen Besitzes konnte zweifelhaft werden, da die Möglichkeit offen gegeben war, auch gegen blosse Detentoren klagbar zu werden. Ob diese Möglichkeit rechtlich zu statuiren sei, hat die Römischen Juristen wenigstens von Pegasus bis auf Ulpian [16]) beschäftigt.

Aehnlich erweitert sich auch bei der *confessoria a.* der Kreis der Zubeklagenden. Es ist nicht mehr erforderlich dass der Beklagte ein Recht zu haben behaupte, auch ob er in irgend einem Besitze wird irrelevant; aber dass die Klage auch rein präjudiziell ohne jedwede Störung zur Entscheidung über das Recht habe angestellt werden können, dürfte auch für das neueste Römische Recht schwer [17]) zu erweisen sein.

Zu berücksichtigen hiebei ist einerseits die allgemeine Regel, dass mit Einwilligung des Klagberechtigten Jeder als Beklagter in jede Prozesssache eintreten kann; andererseits gilt bei dinglichen Klagen "*nemo inuitus iudicium suscipere cogitur*". Beides zusammengenommen musste dahin führen, dass die Anstellung rein präjudizieller "*actiones in rem*" möglich wurde stets wo beide Teile über die Anstellung einverstanden waren, unmöglich wo der Zubeklagende den Prozess nicht wollte und sich diesem Nichtwollen gemäss verhielt.

In der Hauptsache scheinen diese Regeln aufrechterhalten. Bei faktischen Störungen ohne weiteres Bestreiten ist die

---

[16]) Fr. 9 de R. V. 6, 1. Nicht gesagt wird dass Pegasus der erste gewesen der den Zweifel gehegt ("*quidam tamen, ut Pegasus*"), wol aber dass die Frage zu Ulpians Zeit noch keine feste Erledigung gefunden hatte, da sonst das "*puto autem ab omnibus peti posse*" schlecht an der Stelle wäre. Einseitige Vindikationen hat es, wie wir aus Cicero wissen, schon vor Pegasus gegeben; gegen wen sie zulässig, darüber wird man anfangs nicht viel nachgedacht haben, erst als die Praxis auf die Frage stiess erwachten die Zweifel. Die Pegasianische Meinung fusste auf der äusseren Erscheinung der älteren Vindikation; der Gründe wider die Richtigkeit derselben scheint auch Ulpian kaum sich bewusst gewesen zu sein.

[17]) Anderer Ansicht Arndts Pand. § 191: "Sie steht dem Servitutberechtigten zu gegen jeden welcher ihn in der Ausübung des Rechtes stört oder dieses bestreitet". Dazu als Note fr. 4 § 5, fr. 10 § 1 si seru. 8, 5. Beide für das Bestreiten citirte Stellen handeln aber von Störungen: fr. 4 § 5: "*si . . . reficere sternere non patiatur*", dass beim blossen "*controuersiam facere*" die Klage gleichfalls begründet sei, ist weder gesagt noch *a contrario* zu folgern; fr. 10 § 1: "*quicumque aquam ducere impediat*". — Vgl. auch Bethmann-Hollweg Civ. Proc. II. 253 f.

Klage zulässig[18]) beim Ausbleiben faktischer Störungen falls der Zubeklagende nicht prozessiren will, "*si rem non defendit*", wenigstens über das Recht selber unzulässig[19]), doch kann auf Kautionsleistung geklagt werden, wobei nur nicht recht aus den Quellen[20]) zu ersehn ist, ob allemal oder nur unter gewissen besondern Voraussetzungen[21]).

---

[18]) Cf. fr. 4 § 5, fr. 10 § 1 citt.

[19]) Fr. 15 de O. N. N. 39, 1 (Afr.): *si prius quam aedificatum esset ageretur, ius uicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum cum quo ageretur cauere iuberet, non prius se aedificaturum quam ultro egisset ius sibi esse altius tollere* [die Entscheidung der Rechtsfrage bleibt also dem späteren Prozesse vorbehalten]. *idemque e contrario, si, cum quis agere uellet ius sibi esse inuito aduersario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cauere aduersarium iuberet, nec opus nouum se nuntiaturum nec aedificanti uim facturum. eaque ratione hactenus is qui rem non defenderet punietur, ut de iure suo probare necesse haberet; id enim esse petitoris partes sustinere.* Also vor faktischer Störung kann geklagt werden; wenn Beklagter will "*rem eo defendente*" über das Recht, anderesfalls nur mit dem Erfolge, dass er Kaution zu leisten hat faktischer Störungen bis auf weiteres sich zu enthalten, und im etwaigen späteren Prozesse selber die Klägerrolle übernehmen muss. Die näheren Voraussetzungen einer solchen Klage auf Kaution interessiren den Juristen ersichtlich nicht, aus dieser Stelle ist darüber nicht zu entscheiden. — Im fr. 9 pr. si seru. 8, 5 sagt Paulus "*sed si quidem nondum aedificauit, siue usumfructum siue uiam habet, ius sibi esse ire agere uel frui intendere potest*"; dass die Klage aber wider Willen des Beklagten bis zu einer Entscheidung über das Recht durchgeführt werden könnte, ist in keiner Weise angedeutet. — Kaum hergehörig ist fr. 5 § 6 si ususfr. 7, 6 (Ulp.):

> *sicut fructuario in rem confessoria agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino si negatoria actione utatur; sed in omnibus ita demum, si non sit possessor qui agat (nam et possessori competunt). quodsi possident, nihil fructuum nomine consequentur. quid ergo officium erit iudicis quam hoc, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, proprietatis dominus ne inquietetur?*

Die Klagen stehn dem *possessor* zu, aber wer heisst hier *possessor?* Offenbar der juristische Besitzer, der die Interdikte auch wegen der entzogenen Früchte hat, nicht wer in ungestörter Detention die Früchte selber bezieht; denn dass wer die Früchte schon in der Tasche hat "*nihil fructuum nomine consequetur*", wäre eine Trivialität die wir Ulpian nicht zutrauen dürfen. Also scheint die Stelle nicht einmal das Ausbleiben faktischer Störungen vorauszusetzen; noch weniger könnte sie für das Ergehn einer Entscheidung über die Rechtsfrage angeführt werden. Augenscheinlich soll die Sicherheit vor Störungen wieder durch Kautionsauferlegungen bewirkt werden.

[20]) Vgl. fr. 15 de O. N. N. und dazu das unter 19. Bemerkte.

[21]) Wie "drohende Gefahr einer Störung", "besonderes Interesse des Be-

Der *confessoria* gegenüber steht die *a. negatoria*, wie jene eine echte dingliche Klage, d. h. gestützt auf die Behauptung eines dem Kläger an der Sache zuständigen Rechts. Es ist dies besonders hervorzuheben, weil die Formel darüber nicht ganz deutlich zu reden scheint, und zwar in beiden Fällen, wo sie als *prohibitoria* und wo sie als eigentliche *negatoria a.* gefasst ist. Doch mit Unterschied. Bei dem

s. p. Ao. ius esse prohibendi Nm. fundo uti

ist wol noch ersichtlich dass es sich um ein "*ius Agerii in fundo*" handeln soll, auffällig zunächst nur, dass dies *ius prohibendi* nicht (wie man aus der Bezeichnung schliessen möchte) ein besonderes dingliches Recht für sich ist, sondern gewöhnliches Eigentum, das wir sonst unter der Bezeichnung "*fundum Ai. esse*" zu sehn gewöhnt sind. Bei dem

s. p. No. ius non esse inuito Ao. per fundum eundi

tritt das Recht des Agerius äusserlich ganz zurück, es bedarf erst des Schlusses: wenn N. dies nicht ohne Erlaubnis des A. tun kann, so muss A. ihm gegenüber ein Verbietungsrecht haben; und dass dies Verbietungsrecht auf einem Verhältnis des Agerius zum Grundstück, nicht etwa auf einem persönlichen Verhältnis zum Numerius beruht, findet überall keinen Ausdruck. Aber die Formel "*s. p. ius non esse inuito altero*" stammt offenbar aus der alten zweiseitigen Legisaktion, und spart auch später noch die Aufnahme einer Exception. Denn in der Tat sind es zwei Fragen, die damit vor den Judex kommen:

α) steht Kläger in solchem Verhältnis zur Sache, dass er Dritten die Einwirkung verbieten kann?

β) steht der Beklagte in solchem Verhältnis zur Sache, dass ihm die Einwirkung trotz jenem Verbietungsrecht zustünde?

in dieser Verhäkelung aber kann mit einem Ja oder Nein über beides entschieden werden. Was dagegen die Bezugnahme auf gerade nur die eine im Eigentum liegende Befugnis, das "*ius prohibendi*" anlangt, so war damit für den Zweck eben

---

rechtigten" und dergleichen. Die Lehre von der Klage auf Kautionsleistung scheint von den Römern wenig entwickelt hinterlassen zu sein. Die uns obliegende Ausführung derselben dürfte zunächst eine sorgfältigere Zusammenstellung der einschlagenden Fälle erfordern, die sich einstweilen noch der Uebersicht entziehn.

genug gesagt, und eine nähere Bezugnahme auf das Eigentum wäre nur vom Uebel gewesen, da so gut wie der Eigentümer auch andere an der Sache Berechtigte, wie namentlich Emphyteut Superficiar Usufruktuar Pfandgläubiger Usukapionsbesitzer, zu prohibiren befugt waren.

Die *negatoria* setzt nichts voraus als ein *ius prohibendi*; dies *ius prohibendi* besteht nirgends für sich allein, aber es ist ein Teil verschiedener dinglicher Rechte. Wer prohibiren will beruft sich daher auf sein Prohibitionsrecht schlechthin, nicht auf das besondere dingliche Recht aus welchem jenes hervorgeht. Nur so ist beides zugleich zu erreichen, dass ein etwaiges Gegenrecht des Beklagten ohne Exception von dem Richter beachtet werden muss, und dass dieselbe Formel von den verschiedenen Berechtigten benutzt werden kann. Dass der Hinweis auf die dingliche Natur des Prohibitionsrechts in der Formel fehlt war unschädlich, weil den Richtern, oder ihrem Beirat, das erforderliche Verständnis nicht abging.

Wie das Verbietungsrecht überall ein besonderes Recht nicht ist, sondern nur eine Seite (Teil Ausfluss) eines andern dinglichen Rechts, so gibt es auch keinen besondern Beweis des Verbietungsrechts, vielmehr ist derselbe durch den Beweis desjenigen Rechts zu erbringen, aus welchem im konkreten Falle das Verbietungsrecht hervorgeht; bei einer Negatoria aus Eigentum also durch den gewöhnlichen Eigentumsbeweis. Auch kann selbstverständlich die absonderliche Formulirung der Klage an der Verteilung der Beweislast nichts ändern[22]: die Behauptung eines wider das an sich begründete Verbietungsrecht des Klägers durchschlagenden stärkeren Rechts des Beklagten ist ein wie allemal Exception[23]), und als solche auch prozessualisch[24]) zu behandeln.

---

[22]) Wie ja auch das für die Beweislast indifferent ist, ob gewisse exceptivische Tatsachen um vor den Richter zu kommen in der Formel erwähnt werden müssen oder nicht, wie Vergleich bei der *a. furti* und *iniuriarum*, oder alles was in die *exc. doli* fällt bei Bonaefidei-Aktionen.

[23]) Zur neuesten bei Windscheid Pand. I. § 198 N. 15 verzeichneten Literatur jetzt auch Eck Doppels. Klagen 23. Auch wer über die prinzipielle Entscheidung dieser unsterblichen Kontroverse mit sich völlig im Reinen ist, wird die Schwierigkeiten welche einzelne Stellen bieten nicht verkennen mögen, und der konfessorischen und negatorischen Klage eine gemeinsame monografische Bearbeitung wünschen.

[24]) Brinz Pand. I. 238 sagt: "Wenn nach materiellem Rechte nicht jedes

Analog der *confessoria* richtet sich die *negatoria a.* wider faktische Störungen auch wo diese von der Behauptung eines Rechts des Beklagten nicht[25]) begleitet sind. Zweifelhafter wenn eine widerstreitende Rechtsbehauptung ohne konkurrirende faktische Störung auftritt. Kehrt sich der Widerspruch nur wider das *ius prohibendi*, so wäre die *negatoria* am Platze, und dürfte nach neuestem Römischen Rechte in demselben Umfange zu gewähren sein wie die *confessoria*[26]) unter entsprechenden Voraussetzungen. Wird aber das Eigentum selber in Abrede gestellt, so könnte nur an die *rei uindicatio* gedacht werden; doch ist bekannt dass diese präjudiziell nur mit Einwilligung des Beklagten[27]), der sich ungezwungen auf den Prozess einliess, zu gebrauchen war.

Eigentum die Macht hat jedwede Servitut zu verneinen, woher denn kommt jedem diese Macht zu sobald es sich zur Negatoria gestaltet?" Mit gleichem Recht fragen wir: "wenn nicht jede Obligation die Macht hat jedes *pactum de non petendo* zu verneinen, warum fordern wir von dem Kläger blos den Beweis des Daseins der Obligation, nicht auch den der Abwesenheit derartiger *pacta?*"

[25]) Arg. fr. 4 § 5, fr. 10 § 1 si seru. 8, 5; denn der Schutz des Eigentums kann doch nicht schwächer sein als der der andern dinglichen Rechte. Konsequent führt die gegnerische Meinung dahin, dass gerade wider die gröbsten Eingriffe, die ihrer Grösse wegen nicht als Rechtsübungen erscheinen könnten, da "*seruitutes perpetuam causam habere debent*", das Schutzmittel fehlte.

[26]) Vgl. oben N. 19—21, namentl. fr. 15 de O. N. N.; ist der Zubeklagende mit der präjudiziellen Anstellung der Klage nicht einverstanden, so muss auch hier die Entscheidung über das Recht ausgesetzt bleiben. Arndts Pand. § 169 e, u. Anm. 3, erklärt schon "die Behauptung eines das Eigentum beschränkenden Rechts" für genügende Veranlassung der gewöhnlichen, also auf eine Entscheidung über das Recht nicht blos auf Kautionsstellung gerichteten Negatoria; aber die Beweisführung ist keine glückliche:

- fr. 5 § 6 si ususfr. handelt blos davon dass die Klage bei nicht entzogenem ("*possessori competunt*"), nicht davon dass sie auch bei nicht gestörtem Besitze zustehe (vgl. oben N. 19);
- fr. 6 § 1 si seru.: ". . . *et aedificantem me prohibere potest* . . .".
- fr. 14 pr. eod.: ". . . *si noua uelis immittere prohiberi a me potes*" aber unmittelbar darauf folgt "*imo etiam agere tecum potero, ut ea quae noua immiseris tollas*". Die Stelle bezieht sich also auf einen Fall wo die faktischen Störungen bereits begonnen haben, dass die Klage sich alsdann auf die zukünftigen mitbezieht soll nicht geleugnet werden.

[27]) Die durch das Erfordernis des Besitzes auf beklagtischer Seite eng umgrenzte Zulässigkeit einer präjudiziellen Ausnutzung der *R. V.* macht es nicht gerade wahrscheinlicher, dass die Römer bei ihren Nachbildungen die präjudizielle Verwendung in das Belieben des Klägers gelegt hätten.

Mit der Doppelseitigkeit zugleich verliert sich der rein dingliche[28]) Charakter der *actio in rem*. *In iure* wird anfangs nichts behauptet als das Recht an der Sache, nichts gefordert als die Herstellung eines diesem Rechte gemässen Zustands, es ist ein Hinziehn zur Sache, oder Heranziehn der Sache an die Person des Berechtigten; andere Personen haben durchaus nichts positives dabei zu tun, sie sollen nur jenes Heranziehn nicht stören, und würden falls sie dies dennoch täten im buchstäblichen Sinne aus dem Wege geschafft werden. Aber schon bei der Vindizienerteilung ändert sich dies, der Vindizienempfänger der nicht selber Eigentümer wäre, ist diesem zur Restitution verpflichtet, zu dem Recht an der Sache ist ein Anspruch wider eine Person auf eine positive Leistung gekommen. Wesentlich denselben Erfolg, den bei der Legisaktion die Vindizienerteilung bewirkt, führen im späteren Prozesse die der Anstellung der *actio in rem* voraufgehenden Ereignisse herbei, der *possessor* ist dem *petitor* ebenso restitutionspflichtig wie dies früher der Vindizienempfänger seinem klagenden Prozessgegner gegenüber war. Diese durch den Besitz der Sache begründete Restitutionspflicht bildet den Grundstock der mit der *a. in rem* in der neueren Zeit zu verfolgenden Ansprüche; es treten aber noch allerlei andere hinzu.

Die Gesammtheit derselben ist logisch in zwei Gruppen zu sondern: "*ex praesenti possessione*" (cf. fr. 24 § 2 de iud. 5, 1 Paul.) und "*ex commisso*" (cf. fr. 42 de R. V. 6, 1 Paul.) denn jeder in die *R. V.* fallende Anspruch beruht entweder auf einem Innehaben des dem Kläger Gehörigen, oder auf irgend einem widerrechtlichen Getanhaben des Beklagten. Auch hätte sich daran sehr wol eine juristische Unterscheidung knüpfen lassen, denn es wäre sachgemäss gewesen die Verknüpfung mit der Person des Pflichtigen verschieden zu gestalten: "*ex praesenti possessione*", so lange die *possessio* dauert; "*ex commisso*", wie

[28]) Auf die persönlichen in der Vindikation enthaltenen Ansprüche ist von Neueren wiederholt hingewiesen worden, u. a. von Wetzell Vind. Pr. 3, von mir Jahrb. d. g. D. Rs. IV. 187 f., Ihering Geist. III. 178. "Obligatorisch" darf man aber diese Elemente eigentlich nicht heissen, weil das Wesen der *obligatio* in dem "*actione* [*sc. in personam*] *teneri*" besteht, und gerade dieses zwingende Band hier fehlt. Nicht einmal unter den *naturales obligationes* werden die kompensabeln Impensenforderungen von den Römern aufgeführt.

aus anderm Vergehn. Aber kein Römischer Jurist hat diese Einteilung aufgestellt, und Paulus selber nennt nicht die Ansprüche, sondern die Aktion "*ex praesenti possessione*".

Der Zeit nach unterscheiden sich vor und nach der Litiskontestation erwachsene Ansprüche.

Das unberufene Innehaben fremder Sachen an sich gibt beiden Teilen, Inhaber wie Dominus, Ansprüche wider einander. es wäre nicht unmöglich gewesen dies Rechtsverhältnis als Quasikontrakt neben das Depositum zu stellen, ähnlich wie man *negotiorum gestio* neben Mandat und *communio incidens* neben Sozietät angenommen hat. Die hergehörigen Ansprüche des Dominus pflegen generell aus zwei Entstehungsgründen abgeleitet zu werden: entweder sind sie *fructus*[29]), Vorteile die der Inhaber aus der Sache bezogen hat; oder sie stammen aus *dolus* und *culpa*, einer von dem Inhaber zu vertretenden nachteiligen Behandlung der Sache. Die Gegenansprüche des Inhabers aber erwachsen zumeist aus der kostbaren und dem Dominus Vorteil bringenden Behandlung der

---

[29]) Hiebei leidet der Begriff der "*fructus*" an bedenklicher Prinziplosigkeit und darum Grenzunsicherheit. Nachdem einmal die Einschränkung auf die organischen Erzeugnisse aufgegeben ist, fällt in die *fructus* was die Sache dem Inhaber ohne sein Zutun schafft, wie *a. l. Aquiliae* Erbschaft Legate, und auch was sie mit seinem Zutun schafft, Pacht und Mietzins, der so gross vielleicht nur darum ist weil Inhaber die Sache so gut verhandelt, oder vorher (durch Impensen) so ansehnlich gemacht hat. Doch fällt auch nicht alles was die Sache bringt unter die bei der *R. V.* in Betracht kommenden *fructus*, nicht was der Inhaber zwar durch die in der Sache lebende Kraft aber doch "*ex re sua*" erwirbt (arg. a contrario fr. 20 de R. V. 6, 1; cf. fr. 33 pr. de H. P. 5, 3), einiger Vorteil aus der Arbeit soll dem Beklagten bleiben. Andererseits handelt es sich bei den *fructus percipiendi* nicht um Restitution gewonnener Vorteile, ja nach der strengeren Ansicht, die Julian und Papinian vertreten (fr. 62 § 1 de R. V.), auch nicht um die Vorteile die der Inhaber hätte gewinnen können. Die ganze zu restituirende "*causa rei*" wird schliesslich nicht, worauf die Ausdrücke "*fructus — dolus culpa*" zu weisen scheinen, nach den die Person des Inhabers berührenden Momenten, sondern vielmehr in Beziehung auf den Kläger bemessen; wie Gajus sagt fr. 20 cit.:

> *opus est ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor quod habiturus foret, si eo tempore quo iudicium accipiebatur restitutus illi homo fuisset.*

Trotz dieser Mangelhaftigkeit der Unterscheidung aber scheinen die Römischen Juristen die fraglichen Leistungen doch regelmässig unter die eine oder die andere der vorgenannten Rubriken gestellt zu haben, und dieselben werden anders kaum zutreffender als im Text zu definiren sein.

Sache, den auf dieselbe verwandten Impensen; wogegen Gegenansprüche wegen etwaiger von der Sache ausgegangener schädlicher Einwirkungen in die *R. V.* Aufnahme nicht finden konnten, da hier jeder Grund[30]) fehlte den Eigentümer für dieselben selber verantwortlich zu machen; höchstens wäre an eine Noxaedationspflicht zu denken gewesen.

Der persönliche Charakter dieser Ansprüche ist zum Teil wenigstens auch von den Römern schon anerkannt. Schon Labeo[31]) sagt

fr. 78 de R. V.: *si eius fundi . . . fructum non coëgisti, nihil eius fundi fructuum nomini te dare oportet.*

Eine in direkte Anerkennung liegt in der Zulassung persönlicher Klagen für dieselben Ansprüche neben der *a. in rem.* So konkurriren mit dieser namentlich die *condictio furtiua* und die *a. l. Aquiliae.* Aus derselben Anschauung resultirt die persönliche Klage, *a. in factum,* wider den Erben desjenigen *qui dolo malo desiit possidere.* Wider den Täter selber ("*qui dolo desiit*") gerichtet begreift diese Klage in sich auch ausschliesslich rein ("*ex commisso*" nicht "*ex praesenti possessione*" stammende) persönliche Ansprüche, sie gilt aber den Römern[32]) zweifellos als *actio in rem.* Aehnlich enthält die Aktion wider den "*qui liti sese obtulit*" nichts als einen persönlichen[33]) Entschädigungsanspruch auf "*quanti actoris interfuit non decipi*", der mit diesem Interesse zugleich in Wegfall kommt, wogegen seine vorgängige Durchführung der Klage wider den wirklichen Besitzer nicht in den Weg tritt (fr. 7 de R. V.).

Dass bei den andern dinglichen Klagen, namentlich bei der *hereditatis petitio* aber auch bei *confessoria* und *negatoria* das persönliche Element in keiner Beziehung schwächer, in einzelnen[34]) aber noch stärker ist als bei der *R. V.* braucht als allbekannt wol nur eben berührt zu werden.

---

30) So haftet der Deponent dem Depositar wol *de indemnitate* (fr. 5 pr. dep. 16, 3) aber nur soweit er selber in irgend welcher die Verantwortlichkeit begründender Culpa sich befindet.

31) Dazu Wetzell Vind. S. 165 N. 1. — S. auch fr. 38 (Cels.) eod.: . . . *reddi oportere.*

32) Fr. 27 § 3 de R. V. 6, 1 (Paul.): *sed et is qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere tenetur in rem actione;* fr. 16 § 3 de pign. 20, 1 (Marcian.); cf. fr. 131 (Paul.), fr. 157 § 1 (Ulp.) de R. I. 50, 17.

33) Vgl. Wetzell a. a. O. § 28, insb. S. 217.

34) Z. B. fr. 25 § 18 de H. P. 5, 3: *petitio hereditatis, etsi in rem actio*

Bei diesem Gange der Entwickelung ist die Frage nicht unberechtigt ob schliesslich, im Justinianischen Rechte noch ein wesentlicher Unterschied zwischen den *actiones in rem* und *in personam* bestanden habe. Für die Verneinung möchte auch auf die Einführung verschiedener *utiles uindicationes* verwiesen werden, welche die Versuchung nahe legen sie als qualifizirte persönliche Aktionen zu erfassen [35]). Andererseits aber sehn wir noch in den Institutionen [36]) diese Einteilung an die Spitze gestellt; das Römische Gefühl [37]) sprach also für die durchgreifende Bedeutung derselben.

Die Justinianische *a. in rem* ist eine Zwitterbildung, und eben durch diese Zwitternatur wesentlich verschieden von der reines Geschlecht bewahrenden *a. in personam*. Die *a. in rem* verfolgt wie die *a. in personam* Ansprüche auf Leistung wider Personen; diese Ansprüche stammen entweder aus einem früheren Getanhaben („*ex commisso*") der zu belangenden Personen, oder aus einem gegenwärtigen Verhalten („*ex praesenti possessione*") derselben zu den bei der Klage ins Auge gefassten Sachen. Im Leben der Aktion sind vornehmlich zwei Perioden zu scheiden: bis zu dem Augenblicke wo der Beklagte die Klage übernimmt („*suscipit actionem*"); und von da ab. Diese Unterscheidung ist von geringerer Bedeutung wo blos Ansprüche „*ex commisso*" [38]) zu verfolgen sind, desto wichtiger wo die „*ex praesenti possessione*" miteinlaufen. Hier nämlich kann bis zu dem „*suscipere actionem*" der Zubeklagende

---

sit, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum. Ulpian scheint unter „*praestationes personales*" hier aber nur diejenigen zu verstehn welche die *H. P.* vor der *R. V.* voraus hat.

35) Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. I. 120 f., bes. 175—6; dawider Windscheid Actio § 22, Kindervater Jahrb. f. gem. D. R. VI. 337. Es kommt hier nicht darauf an welche Auffassung die richtige ist, sondern nur darauf dass die Quellen zu der Iherings Veranlassung gegeben haben.

36) § 1 I. de act. 4, 6. Dazu Savigny Syst. V. § 206—9.

37) Denn das klare Bewusstsein fehlte zuweilen selbst den Juristen. So scheint Marcian einmal die ganze Bedeutung der *in rem actio* zu suchen im *iuramentum in litem* (fr. 16 § 3 de pignor. 20, 1), das aber seiner Zeit doch auch bei persönlichen Aktionen nicht unerhört war. Charakteristischer waren vermutlich die Exekutionsverschiedenheiten, bei denen nur leider unser Wissen noch immer in Zweifeln steckt.

38) Wie beispielsweise *R. V.* gegen *qui dolo desiit possidere*, *confessoria* und *negatoria* wider Nichtbesitzer.

beliebig aus seiner Gebundenheit herauskommen, sobald er *sine dolo malo* die *possessio* aufgibt. Der Anspruch *ex pr. p.* haftet also einstweilen nicht blos minder fest an der Person des Pflichtigen, sondern er kann schliesslich auch dem Berechtigten gegenüber nicht blos durch wirkliches Tun (Leisten), sondern auch schon dadurch beseitigt werden, dass der Beanspruchte aus seiner Stellung zwischen dem Berechtigten und der Sache ausscheidet. Dies Rechtsverhältnis ist kein reines: halb Recht an der Sache, wider diese zu verfolgen, die Person nur bindend insofern dieselbe bei der Rechtsverfolgung nicht weicht sondern dem Verfolger entgegentritt; halb Anspruch wider den Besitzer, der denselben zu einer bestimmten Handlungsweise verpflichtet. Die Eigentümlichkeit dieser Schöpfung tritt besonders hervor bei den Ansprüchen *ex commisso*, die im einzelnen Falle neben denen *ex praesenti possessione* stehn; die *actio in rem* ist eine einheitliche, und es haben darum jene die Schicksale dieser zu teilen. Von dem Besitzer meiner Sache hätte ich 100 *ex commisso* bei der Vindikation mitzufordern; er tritt *sine dolo malo* aus dem Besitz, so ist meine *R. V.* ganz erloschen, sowol wegen der 100 *ex commisso* wie wegen dessen was ich früher *ex pr. p.* zu fordern gehabt hätte.

Die Zwitternatur des mit der Vindikation zu verfolgenden Etwas, halb Recht an der Sache halb Anspruch wider die Person, verliert sich im Formularprozess mehr und mehr: seitdem die Besitzfragen regelmässig vor der *a. in rem* entschieden werden besteht der Kern, um den diese sich zu bewegen hat, eigentlich nur noch aus persönlichen Elementen, Ansprüchen wider den Besitzer, teils auf Restitution des Besessenen teils auf Prästation des zu diesem hinzu Zuleistenden. Die Vindikation in ihrer Totalität aber wird darum doch kein wahrhaft einiges Gebilde, vielmehr tritt der Gegensatz zwischen dem Kern, dem zuverfolgenden Etwas und dem Verfolgungsmittel desto schroffer hervor. Das Verfolgungsmittel, die *actio* findet ihren adäquaten Ausdruck in der Formel

s. p. rem Ai. esse condemna.

Also während in der Tat sich der Prozess dreht um Ansprüche des Agerius wider Numerius, erwachsen teils aus dem Haben teils aus dem Getanhaben des Numerius, wird der Richter angewiesen, nicht etwa das Dasein dieser Ansprüche und also jenes Haben oder Getanhaben zu prüfen, sondern vielmehr

lediglich sein Augenmerk zu richten auf das Dasein des zu Grunde liegenden dinglichen Rechts, aus welchem die einzelnen Ansprüche hervorgewachsen sind. Das ist insofern logisch, als jenes Recht die Vorbedingung aller Ansprüche war, ohne welche keiner von ihnen hätte existent werden können, und es schadet auch nicht dass die übrigen Entstehungsbedingungen der einzelnen Ansprüche in der Formel nicht mitaufgezählt werden, indem hier das *officium iudicis*[39]) ergänzend eingreift; wol aber liegt ein Fehler, die Ursache der Diskrepanz zwischen dem was mit der *actio* erreicht werden sollte und dem was wirklich erreicht wird, darin dass der Richter in der Formel angewiesen wird zu prüfen, ob jetzt das dingliche Recht des Klägers besteht, während die Entstehung der Ansprüche, soweit dieselben aus einem Getanhaben herstammen, nur das Dagewesensein des Rechts im Augenblicke eben jenes Guthabens erforderte.

Das Resultat ist kurz folgendes. Die *a. in rem* verfolgt Ansprüche auf Leistung wider gewisse Personen, sie macht aber die Verurteilung nicht einfach von dem Entstanden- und Nichtwiederaufgehobensein dieser Ansprüche abhängig, sondern zugleich davon, ob das dingliche Recht, aus dessen Verletzung die Ansprüche hervorgegangen sind, auch jetzt noch besteht, und in der Regel auch davon noch, ob der Anzusprechende das bestehende dingliche Recht auch in der Gegenwart noch durch seinen Besitz verletzt. Daher begegnen wir häufig der Anschauung, dass zuerst einmal ein Anspruch sowol mit der *a. in rem* wie mit einer persönlichen Klage, beispielsweise *condictio furtiua* oder *a. l. Aquiliae*, zu verfolgen ist, und dass darauf die *a. in rem*, sei es durch Eigentumsuntergang auf der einen oder Besitzverlust auf der andern Seite aus der Gebrauchsmöglichkeit heraustritt, während der Anspruch selber fortbesteht und mit der persönlichen Klage auch ferner noch zu verfolgen ist. Beständen für alle in die Vindikation fallenden Ansprüche konkurrirende persönliche Aktionen, so wäre die Eigentümlichkeit der Vindikation minder schädlich; bekanntlich aber ist das nicht der Fall, und es geschieht häufig, dass einzelne einer Vindikation zugehörig ge-

39) Der einzige Anhalt, den die Formel hiefür gewährt, liegt in dem "*quanti ea res erit*"; der Judex muss wissen was alles mit einer *a. in rem* gefordert werden kann, und welches die Voraussetzungen der einschlägigen Ansprüche sind.

wesene Ansprüche durch den Wegfall der Klage völlig schutzlos und damit hinfällig werden. Diese Ansprüche erlöschen nicht "*ratione*" sondern "*occasione iuris*", nicht weil der Rechtsgedanke es fordert, sondern weil die Mittel, die diesem Gedanken dienen sollen, zu stumpf und ungefüge sind eine präzise Ausführung der Operation zu gestatten.

Es mag bemerkt werden, dass während die Formeln in ihrer alten Bedeutung aus dem Justinianischen Prozess verschwunden sind, die Bedingungen der Kondemnation dieselben bleiben, gleich als ob der Judex auch jetzt noch durch die Formel das Dasein des klägerischen Rechts und durch sein Offizium den beklagtischen Besitz zu prüfen angewiesen wäre. Auch im heutigen Recht hat sich nichts wesentliches geändert, wir entnehmen die Bedingungen der Verurteilung bei der dinglichen Klage noch immer aus den Pandektenstellen die im Hinblick auf die Formeln des klassischen Prozesses geschrieben sind. Die hiemit überkommenen Inkonvenienzen empfinden wir um so drückender, als der nächste Grund derselben, die Formel, unsern Augen entrückt ist.

Einiges zur Milderung der handgreiflichsten Uebelstände ist schon seitens der Römer geschehn: ein solches Palliativmittel besteht darin, dass das *s. p. rem Ai. esse* bald auf den Augenblick der Formelerteilung, so z. B. bei nachfolgender Vollendung der Usukapion durch den Beklagten, bald auf den des richterlichen Spruchs, so im Falle klägerischer Usukapion, bezogen wird; ein anderes liegt in der weiteren Zulassung von persönlichen Klagen wegen einzelner[40]) Ansprüche. Dass damit aber doch keine ausreichende Hülfe geschafft ist, vielmehr ein anderes Recht der dinglichen Klage über kurz oder lang zu erringen sein wird, liegt auf der Hand; bei einigem Nachdenken wird man sich indessen auch davon bald genug überzeugen, dass die Besserung, wenn sie eine wirkliche sein soll, nicht ohne weiteres erreicht werden kann.

Schliesslich zwei Bemerkungen über die prozessualische Durchführung der *actiones in rem.* Was die Freiheit des richterlichen Arbitriums anlangt, so hat man dieselbe der bei

---

[40]) Von besonderer Tragweite wäre die Kondiktion konsumirter Früchte wider den *m. f. possessor*; vgl. aber auch Wetzell a. a. O. 163 f.

den *actiones bonae fidei* gleichachten wollen[41]). Das ist richtig in einer Beziehung; denn selten ist eine so sorgfältige Beobachtung der individuellen Verhältnisse geboten, wie von Celsus im fr. 38 de R. V. Wenn aber eine charakteristische Eigentümlichkeit der *b. f. iudicia* auch darin besteht, dass der Richter *ex officio* (denn "*exceptio doli inest b. f. iudiciis*") Gegenansprüche zu berücksichtigen hat, so scheinen die *in r. actiones* hier zurückgeblieben zu sein. Noch die kaiserlichen Institutionen sagen:

§ 30 de R. D. 2, 1: . . . *posse eum per exceptionem doli mali repelli* — cf. fr. 48 (Pap.), fr. 27 § 5 (Paul.) de R. V.

Sodann sehn wir nochmals auf die Einleitung des alten Verfahrens, wo der Kläger so den Beklagten wie auch das Streitobjekt *in ius* herbeizuschaffen hatte. Beides war ursprünglich ganz seiner eigenen Kraft überlassen; später wissen wir dass die persönliche Injusvokation zwar nicht unmittelbar vom Staat übernommen, wol aber durch Aufstellung verschiedener Rechtsmittel wider Störungen unterstützt wird. Hiermit scheint eine eigentümliche Klage in Verbindung gebracht werden zu müssen, die *actio ad exhibendum*, die parallel den ebengedachten Rechtsmitteln eingeführt sein dürfte, um das Herbeischaffen der Sache[42]) *in ius* zu erleichtern, oder nach Umständen zu ermöglichen.

Für diese Hypothese spricht einmal das vorhandene Bedürfnis, demnächst allerlei Besonderheiten die von der *a. ad exhib.* bezeugt sind. In zwei Beziehungen ist der Kläger im alten Recht bei Anbringung der *a. in rem* schlechter gestellt als bei der *a. in personam*: schon die Ermittelung der Person war schwieriger; hinzukommt das Erfordernis eine Sache zu

---

[41]) So namentlich Savigny Syst. V. 106, 119, Beil. XIII. § IX; sorgfältiger Bethmann-Hollweg Civ. Proc. II. 287 f.

[42]) Ich würde also diese Klage weder mit Burchardi R. R. G. II. III. 857 dem "alten Civilrecht", dem die Selbsthülfe genügt haben mag, zuweisen, noch auch irgend welche nähere Beziehung annehmen zwischen ihr und der *petitoria formula* (vgl. Bethmann-Hollweg Civ. Pr. 238), die der *a. ad exh.* in deren ursprünglicher Bedeutung nicht mehr bedurfte. Uebrigens möchte kaum ausdrücklich zu sagen sein, dass wie wir ausser Stande sind das chronologische Verhältnis unter den verschiedenen die Injusvokation betreffenden Rechtsmitteln herzustellen, ebenso wir zu ergründen verzichten müssen, ob unsere *a. ad exhib.* vor, oder zwischen, oder nach diesen ins Leben gerufen ist.

bewegen und *in ius* zu bringen[43]) die er selber nicht besitzt. Durch die Nachteile, die den treffen der seinen Besitz verleugnet oder zu defendiren unterlässt, hat das Prozessrecht den Kläger bei Bekämpfung der ersten Schwierigkeit unterstützt, die zweite scheint durch Einführung der *a. ad exhibendum* geradezu beseitigt zu sein. Wer hiernach *in rem* klagen will, kann durch Anstellung einer einfachen persönlichen Klage den Beklagten zwingen, die Sache *in iure* zu produziren, und also sie gerade dahin zu schaffen, wo sie hinzubringen sonst des Klägers oft unlösbare Aufgabe gewesen wäre.

Ausdrücklich ist gesagt dass die *a. ad exhib.* der Vindikation wegen eingeführt[44]) sei; wie diese ist sie nicht ohne Ueberlegung und Besinnen über den Bereich des juristischen Besitzes hinaus erstreckt wider jedwede physische Gewalt[45]) über die Sache, wobei besonders die *facultas restituendi* in Frage kommt; es soll so exhibirt werden, dass demnächst vindizirt[46]) werden kann; betreffs der Früchte gelten die von der Vindikation entlehnten[47]) Regeln; ebenso bei dolosem Besitzverlust[48]). Kaum als Erweiterung der ursprünglichen Sphäre kann es gelten, wenn die *a. ad exhibendum* Anwendung findet in Fällen,

---

[43]) Aus dem Erfordernis dieser Produktion der Sache *in iure* stammt wol auch die im neueren Rechte grundlos gewordene Vindikationsunfähigkeit derjenigen Sachen, welche ohne die eigene Form zu verlieren mit anderen bedeutenderen verbunden sind. Das Eigentum an denselben war nicht erloschen, nur durch Vindikation einstweilen nicht ausführbar. Die Sache musste selber und allein von dem Spruch des Vindikanten berührt werden; daher Trennung die Vorbedingung der prozessmässigen Exhibition. Unter denselben Gesichtspunkt fällt das Vindikationsverbot der Zwölftafeln betreffs des *tignum iunctum*. "*Lex nec soluere permittit nec uindicare*"; so lange das *tignum* verbunden bleibt kann es nicht vindizirt werden, das Vindikationsverbot ist unabwendbare Folge des Solutionsverbots.

[44]) Fr. 1 ad exhib. 10, 4 (Ulp.) . . . *et maxime propter uindicationes inducta est.* Auch sonst erscheint Vorbereitung einer *in rem a.* als Normalfall: fr. 3 § 1, § 3, § 10, cf. § 42 eod. Mehrfach wird die durch die Exhibition vorzubereitende Klage "*a. directa*" genannt, z. B. fr. 3 § 13, fr. 17 eod.

[45]) Fr. 3 § 15 ad exhib., fr. 5 pr., § 6, fr. 7 § 1, § 3, fr. 16. — cf. fr. 15 eod.

[46]) Fr. 9 § 5, § 6 ("*si post litem contestatam usu captum exhibeat*"); und dazu die Exhibition eines "*homo debilitatus uel eluscatus*" betreffend fr. 17 eod.: ". . . *exhibuit enim, et nihil impedit directam actionem talis exhibitio*".

[47]) Fr. 9 § 7 eod.

[48]) Fr. 5 § 2, fr. 8, fr. 9 pr. — § 3, fr. 15 eod. Ueber die Haftung des Erben "*ex dolo defuncti*": fr. 12 § 6 *in f.*

wo Kläger das Eigentum und der Beklagte die *facultas exhibendi* hat, der *a. ad exhib.* aber keine *a. in rem* zu folgen braucht, weil der Beklagte seinerseits weder jenes Recht bestreitet noch ein ihm zuständiges Recht[49]) an der Sache behauptet. Ueber ein Prinzip der wirklichen Erweiterungen sind die Römischen Juristen selber nie[50]) ins Reine gekommen.

Das Fortbestehn der *a. ad exhibendum*, nach Wegfall des Erforderns die vindizirte Sache *in iure* zu produziren, kann als Grund wider die Hypothese nicht gelten. Es beruht dies Fortbestehn einesteils darauf, dass man man wol aus alter Gewöhnung dabei beharren mochte eine Vorbereitung der Vindikation unter besonderen Umständen[51]) geboten zu achten, anderesteils auf der elastischen Natur unserer Aktion, wie sich diese sicher schon vor jenem Wegfall entwickelt hatte. Die Ausdehnung war gegangen und ging weiter zumal in zwei Richtungen vor: man sah ab von dem Requisit, dass gerade eine Vindikation der *a. ad exhibendum* folgen[52]) müsse; und

---

49) Fr. 5 § 4, § 5, fr. 6, fr. 9 § 1 eod. — Völlig gleichartig ist fr. 5 § 3 eod., das Burchardi a. a. O. II. § 274 zu N. 19 dahin miszuverstehn scheint, als ob hier gegen den Eigentümer, auf dass er wegschaffe, geklagt würde. Das wäre richtig wenn zu lesen stünde "*posse me consequi ut tollas*"; dasteht "*posse te consequi*", "du Eigentümer kannst durch Klage erreichen". — Die im fr. 15 eod. erwähnte Ansicht von Labeo "*recte agere non posse me, quia nec possideres*" ist antiquirt, in dem "*non esse autem iniquum . . . uel iudicium dari*" liegt die Brücke zum neueren Recht.

50) In der Tat ist die Antwort von Neraz ("*eleganter definit*", fr. 3 § 11) noch die beste: der Richter solle sehen "*an iustam et probabilem habeat causam actionis, propter quam exhiberi sibi desideret*"; sie wäre befriedigend, wenn noch das Eine hinzugesetzt würde, was "*iusta ac probabilis causa*" sei. Julian und Ulpian begnügen sich sporadisch Fälle anzuführen, wo die *a. ad exhib.* zulässig oder unzulässig ist, fr. 3 § 10, § 11, § 14, und Paulus wird grob ("*non oportere ius ciuile calumniari*", fr. 18) gegen die welche sich auf die von ihm mangelhaft gegebene Regel stützen möchten. — Diese Unfindbarkeit einer auch nur annähernd genügenden Definition beweist, dass die späteren Ausweitungen mit dem ursprünglichen Gedanken nichts mehr zu schaffen haben.

51) So namentlich wo die *a. ad exhib.* durch Herbeiführung einer Abtrennung die Vindikation möglich machen soll. Bedenkt man dass im Hintergrunde auch dieser Exhibitionsklage die Behauptung "*rem Ai. esse*" steht, und dass das fortdauernde Eigentum des ursprünglich Berechtigen an dem verbundenen Stücke nirgends geleugnet wird, so hält es schwer einen inneren Grund für die interimistische Vindikationsunfähigkeit desselben ausfindig zu machen; vgl. oben 43.

52) Beispiele: fr. 3 §. 7, § 10, fr. 20 eod. — Die äusserste Grenze der

man steigerte die Exhibitionswirkung dergestalt, dass nun die Exhibitionsklage vielfach da ausreichen konnte, wo eigentlich eine Restitutionsklage an der Stelle [53]) gewesen wäre. Wesentliche Aenderungen aber sind unnachweislich [54]), und auch für die Neugebilde neue Prinzipien nicht anerkannt [55]).

Klagbarkeit in dieser Richtung wird dadurch bezeichnet, dass für die eigentliche *a. ad exhib.* eine *a. in factum* eintritt, cf. fr. 3 § 14 eod.

[53]) Die Definitionen fr. 2 eod. (Paul.), fr. 22 de V. S. 50, 16 (Gai.) haften noch an dem alten engeren Exhibitionsbegriff.

[54]) Durchaus dem alten Charakter der Klage entsprechend sind namentlich noch die in folgenden Stellen enthaltenen Bestimmungen:

fr. 3 § 9, fr. 11 § 1, fr. 12 § 4, fr. 12 § 6, fr. 16 eod.

[55]) Dies ist nicht ohne praktische Bedeutung: beispielsweise ist darüber gestritten, ob die moderne *a. ad exhib.* in Beziehung auf Grundstücke Anwendung finden könne? Da die alte dies gekonnt hat, ist die Frage unbedingt zu bejahen. Vgl. Seuff. Arch. XVI. N. 48.

XII. KAPITEL.

IUDICIA DUPLICIA.

Ausser der so eben schon (XI. 207 f.) behandelten alten *l. a. in rem* pflegen in den Bereich der doppelseitigen Aktionen[1]) gezogen zu werden die Auseinandersetzungsklagen (die zwei Teilungsklagen und das *iudicium finium regundorum*) und die *interdicta retinendae possessionis*.

Reichlich ebensoweit, wie die *actiones in rem* von den *actiones in personam*, sind die Auseinandersetzungsklagen von beiden entfernt; Versuche der Theorie ihnen bei den einen oder bei den andern Quartier zu schaffen, können die tatsächlich vorhandene Distanz nicht mindern. Bei allen dinglichen und bei allen persönlichen Klagen soll der Richter zweierlei tun: vorhandene Rechte erkennen; und einen dem erkannten Rechte entsprechenden Zustand herbeiführen, wenigstens die Herbeiführung anbahnen. Die Teilungsklagen aber bestehn aus swei Stücken[2]), deren eines mit den persönlichen Klagen übereinkommt, während das andere völlig verschiedene Anforderungen an den Richter stellt. Derselbe soll hier Rechte

[1]) Vgl. Eck, die s. g. doppelseitigen Klagen, der mit Recht die Unbestimmtheit und das Schwanken der an diesen Namen sich knüpfenden Gedanken rügt; doch bei aller Anerkennung für viele richtige Bemerkungen wird man dem Resultat, zu dem er schliesslich gelangt, nicht beitreten können; darüber Beilage L.

[2]) Die zwei Stücke finden sich auch bei der *a. finium r.* wieder, aber die Bedeutung derselben, zumal des auf Adjudikation hinauslaufenden ist hier eine andere, den *actiones in rem* näher liegende.

nicht erkennen sondern schaffen, selbstverständlich nicht aus Nichts, sondern aus gegebenem Stoffe: er soll Partialrechte an einem Ganzen umschaffen zu Totalrechten an Stücken des Ganzen [3]). Und kein Zweifel, dass gerade dieser Teil der Aufgabe, wie er die Einführung der Auseinandersetzungsklagen bedingt und die Namen gegeben hat, ebenso fortwährend für das Wesen derselben an erster Stelle massgebend geblieben ist. Zweifellose aber nicht ausnahmslose Regel [4]), dass erst die Teil (Quoten-) rechte am Ganzen feststehn müssen bevor die Teilungsklage mit Erfolg angestellt werden kann.

Die *a. familiae erciscundae* gehört schon den Zwölftafeln an (fr. 1 pr. fam. erc. 10, 2); ob die *a. communi diuidundo* gleichfalls? Jünger als die *fam. ercisc.* scheint sie zu sein, denn zu der Zeit wo es eine generelle Teilungsklage gab wäre, die Einführung einer speziellen ohne hervorstechend abweichende Eigentümlichkeiten, wie *F. E.* sie nicht hat, kaum begreiflich. Auch wird in der theoretischen Behandlung die *F. E.* häufig vorangestellt und bei Darstellung der *C. D.* auf jene verwiesen [5]). Später müssen beide meist zusammen gegangen sein, und dürften auch etwa um dieselbe Zeit ihre Anerkennung als *bonae fidei actiones* gefunden haben [6]).

---

3) Wesentlich dasselbe, nur in beschränktem Umfange, geschieht "*si non omnes qui rem communem habent sed certi ex his diuidere desiderant*" (fr. 8 pr. comm. diu. 10, 3; fr. 2 § 4 fam. erc. 10, 2).

4) Unverkennbar dass die hier eintretenden Ausnahmen die Regel nur bestätigen:

fr. 1 § 1 fam. erc. 10, 2: . . . . *quo fit ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat an coheres sit; nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet neque aduersarius ei condemnandus est.*

cf. fr. 51 § 1, fr. 37 eod.

Die Regel selber findet sich, beispielsweise, ausgesprochen von Ulpian fr. 2 pr. eod.: ". . . *et generaliter eorum duntaxat diuidi hereditas potest, quorum peti potest hereditas*".

5) Im Edikt, den Digesten, den Codices von Theodos wie Justinian, überall dieselbe Titelfolge: entsprechend fr. 6 § 11 comm. diu. 10, 3 (Ulp.): "*cetera eadem sunt quae in familiae erciscundae iudicio tractauimus*".

6) Bei Gajus (IV. 62) scheinen beide zu fehlen. Ausdrücklich wird *F. E.* auch in den Pandekten als *b. f. i.* nie genannt, doch finden sich Hinweisungen auf die Verwandtschaft, z. B. fr. 44 § 8 fam. erc. 10, 2 (Paul.): . . . *non esse iniquum, Iulianus ait, f. e. i. dare, ut pars impendiorum boni uiri arbitratu praestetur;* fr. 39 pr. eod. (Scaeu.): . . . . *sed etsi omiserit*

Von den Spruchformeln wissen wir kaum mehr als dass die der *F. E.* bestanden (Cic. de orat. I. 237), von den Schriftformeln dass sie eine Adjudikation (Gai. IV. 42) enthalten haben. In der mit dieser auf den Richter übertragenen schöpferischen Kraft liegt der Zweck und Grund dieser Aktionen. Nach dem Willen des Einzelnen brauchbare neue Rechte sollen an die Stelle treten der vorhandenen, die der Gemeinsamkeit wegen, nach dem Grundsatz "*in re pari potiorem causam esse prohibentis*" (fr. 28 comm. diu. 10, 3), zu wenig brauchbar sind. Das nächstliegende war, jedem Partialberechtigten am Ganzen einzelne Stücke der Erbschaft oder der Sache in sein Totaleigentum [7] zu überweisen [8]. Steifes Festhalten an diesem einfachsten Teilungsmodus konnte den Anforderungen des Verkehrs nicht genügen, daher kommt in das richterliche Adjudikationsrecht die Befugnis Dritten [9], besseren Bietern das Eigentum an den zu teilenden Sachen, und den Parteien auch andere Rechte [10] als Eigentum zu bestellen, desgleichen Rechte

---

doli exceptionem, agere potest de recipienda portione sumptuum; die ausdrückliche Bezeichnung in c. 9 fam. erc. 3, 36 (Gord.). — *C. D.* scheint schon Julian als *b. f.* gekannt zu haben: fr. 24 pr. comm. diu. 10, 3: "*. . . c. d. i. eam summam percipere potest, quia bonae fidei conuenit . . .*"; zweifellos äussern sich Ulpian fr. 4 § 2 eod. und Paulus fr. 14 § 1 eod.

7) Fr. 1 pr. fam. erc. 10, 2: *. . . necessarium uidebatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.* Von dieser Verteilung sind bei *F. E.* die schon nach Zwölftafelrecht von selbst geteilten Forderungen und Schulden regelmässig ausgenommen, können aber im Interesse der Ausgleichung (fr. 3 eod.) und müssen allemal da mithineingezogen werden, wo ein Prälegat auf sie sich bezieht (fr. 4, fr. 42 eod.). Beiläufige Sorgen, das Testament (fr. 4 § 3 eod.) und andere wichtige Dokumente (fr. 5 eod.) zweckmässig unterzubringen.

8) Ueber den Schutz der Adjudikationen im allgemeinen fr. 44 § 1 fam. erc. 10, 2.

9) C. 3, c. 1 comm. diu. 3, 37, cf. fr. 7 § 13 eod. Ulp.; Rudorff Edict. § 2 konstruirt danach:

q. o. e. r. alteri ab altero aut Titio adiudicari oportet,
id iudex alteri aut Titio adiudicato.

Ist das "*alteri ab altero*" richtig, so dürfte auch zu sagen gewesen sein "*a quo*" dem Titius zu adjudiziren wäre; aber dies auch von Gai. IV. 42 nicht bezeugte "*ab altero*" ist sehr bedenklich, da überall nicht aus dem "dem Andern" sondern aus dem "Beiden gemeinsam" Gehörigen adjudizirt werden soll.

10) Niessbrauch: fr. 16 § 1, § 2 fam. erc.; fr. 6 § 10, comm. diu.; — Servituten: fr. 22 § 3 fam. erc., fr. 7 § 1 comm. diu. — Aber nur unter den einzelnen Stücken des verteilten Landes nicht auch zum Besten dritter

wider die Personen[11]) der Beteiligten. Doch möchte man vermuten, dass das direkte Auferlegen von Forderungen, das auch *condemnare* heisst[12]), als Ausfluss nicht sowol der Adjudikations- als der Kondemnations-Klausel stattgefunden.

Im Prozess der klassischen Periode steht diese zweite Klausel ebenso selbständig wie die andere; mag sie zur Unterstützung jener bisweilen benutzt sein, so hat sie daneben doch auch ihr eigenes[13]) Gebiet, auf dem mit Adjudikation gar nichts auszurichten wäre. Aehnlich der Vindikation dienen beide Teilungsklagen die aus dem quasikontraktlichen, unter Umständen kontraktlichen Verhältnis der Gemeinschaft erwachsenden Ansprüche durchzuführen: Fruchtbezug und zu vertretende Verletzungen einerseits, Verwendungen andererseits sind die wichtigsten Entstehungsgründe auch dieser Ansprüche. Ist die Gemeinschaft eine kontraktliche, so können alle einzelnen Ansprüche ebensowol mit einer *a. pro socio* wie mit *C. D.* verfolgt werden. Bei nichtkontraktlicher Gemeinschaft tritt ähnliche Aktionenkonkurrenz nur unter besonderen[14]) Voraussetzungen ein. Notwendig mussten Uebel-

---

Grundstücke (fr. 18 comm. diu.) "*quia ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest*".

[11]) Der Richter kann hiebei auf zwei Wegen vorgehn:

a) die Forderung selber durch Kondemnation bestellen, fr. 55, fr. 22 § 1 (Ulp.), fr. 52 § 2 (Iul.) fam. erc.;

b) die Parteien veranlassen die Obligation durch Vertrag zu schliessen; so gewöhnlich wegen Eviktionsleistung, fr. 25 § 21 fam. erc., fr. 10 § 2 comm. diu., auf die aber auch in Ermangelung einer Kaution mit *a. praescr. u.* zu klagen wäre, c. 14 fam. erc. 3, 36 (Diocl.), c. 7 comm. utr. iud. 3, 38 (Diocl.); auch in anderer Hinsicht zu vergleichen fr. 7 § 10, fr. 19 § 3 comm. diu.

[12]) Vgl. die unter 11, a) citirten Stellen.

[13]) Scharf betont wird der zwiefache Inhalt namentlich bei der *F. E.* von Ulpian:

> fr. 22 § 4 fam. erc.: *f. e. i. ex duobus constat, id est*
> *rebus,* (Gebiet der Adjudikation)
> *atque praestationibus, quae sunt personales actiones.*

Beiläufig dass das Wort "*actiones*" für Ansprüche, welche nicht an sich klagbar sondern mit einer von ihnen unabhängigen Klage zu verfolgen sind, im Corpus Juris schwerlich noch einmal zu finden, und daher vermutlich auch hier zu streichen oder zu ersetzen ist; vgl. Mommsen Dig. ad h. l.

[14]) Solche Konkurrenzfälle werden beispielsweise erwähnt: *F. E.* und *a. l. Aquil.* fr. 16 § 5 fam. erc.; *F. E.* und *neg. gest.* c. 18 § 1 fam. erc. 3, 36; *F. E.* und *her. petitio* fr. 44 § 2, cf. fr. 51 § 1 fam. erc.; *F. E.* und mandirte Aktionen fr. 18 § 5 eod.; *C. D.* und *incertae partis uindicatio* fr. 8

stände, ähnlich wie bei der *R. V.*, sich herausstellen, und Ansprüche oft blos darum klaglos werden, weil die besondern Bedingungen der einzig zulässigen Aktion fortgefallen waren. So dann vornehmlich, wann das Teilungsobjekt unterging oder wegkam bevor[15]) die geschuldeten Leistungen gemacht waren; aber auch dass nur wer schon die Gemeinschaft aufheben wollte auf die Prästationen klagen konnte, fiel oft lästig. Die Römer sind den Anforderungen des Verkehrs hier weiter entgegengekommen als bei den dinglichen Klagen: die Pandektenjuristen gestatten die *C. D.* zweifellos[16]) auch da, wo noch nicht geteilt, sondern unter Aufrechthaltung der Gemeinschaft einzelne persönliche Ansprüche verfolgt werden sollen. Ob bei dieser Verwendung die Adjudikationsklausel

---

§ 1 comm. diu.; *C. D.* und *loc. cond.* oder *incerti ciuilis* fr. 23 eod.; auch kann die *C. D.* wegen einzelner Stücke stets mit der *F. E.* konkurriren, fr. 20 § 4, fr. 44 pr. fam. erc.

[15]) Die alte Regel wird auch später noch ausgesprochen:

c. 9. comm. utr. iud. 3, 38 (Diocl. et Max.): *f. e. uel c. d. iudicium ita demum si corpora maneant communia agi potest.*

Aehnlich Paulus fr. 1 comm. diu.: ". . . *cessat c. d. i. si res communis non sit*"; cf. fr. 25 § 1 fam. erc.

Aber α) fr. 24 fam. erc. (Ulp.): *sed et eius rei* [sc. eines Stückes der in den übrigen noch existenten Erbschaft], *quae in rebus humanis esse desiit, ueniunt praestationes.*

cf. fr. 31 eod. (Pap.): . . . . *sufficit enim communionis causa quae praecessit.*

β) fr. 6 § 1 comm. diu. (Ulp.): *quare et si fundum Titius alienauerit, licet hic c. d. i. locus non sit, quia a communione discessum est, utili tamen locum futurum, quod datur de praestationibus quoties communis esse desiit.* — fr. 11 eod. (Gai.).

γ) fr. 25 eod. (Iul.); — fr. 9 eod. (Afric.).

Vermutlich war Julian, wenn er auch nur einen vereinzelten Fall vor Augen gehabt, hier wie sonst häufig der erste Urheber der Neuerungen.

[16]) Fr. 26 de S. P. U. 8, 2 (Paul.): . . . *sed per communi diuidundo actionem consequitur socius quominus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.*

Bei der Rücksicht die auf "*tota societas*" genommen wird, kann offenbar an eine Auflösung derselben nicht gedacht sein. Hiernach sind wir berechtigt auch andere Stellen, wie z. B. fr. 6 § 2, fr. 12, fr. 23 comm. diu. sämmtlich von Ulpian, welche eine gleiche Annahme nahe legen, ebenfalls von *C. D.* ohne Aufhebung der Gemeinschaft zu verstehn. — Hiezu Eck a. a. O. 98 f. vornehmlich N. 353—55, und Windscheid Pand. II. § 449, N. 4. Die Praxis ist noch heutiges Tags geteilt, Seuff. Arch. IV. 38, VIII. 345, XVI. 193; dawider IX. 268 (Dresden).

müssig oder gar nicht in die Formel genommen wurde, wissen wir nicht.

Den beiden Teilungsklagen durch ihren Inhalt verwandt scheint die *a. tributoria*, doch sind wesentliche Abweichungen ersichtlich. Die hier Teilung zu fordern haben, sind nicht schon Eigentümer (*codomini*) der zu verteilenden Sachen; die Teilung soll vornehmen nicht der Richter sondern der gegenwärtige Herr der Sachen der, falls er Mitgläubiger ist, auch als Teilnehmer bei der Teilung eintritt; nur "*si dominus mercibus cedere paratus sit*", überträgt der Prätor ausnahmsweise die Teilungsarbeit einem Arbiter. Regelmässige Veranlassung der Klage "*si cuius dolo malo factum est quo minus recte tribueretur*", wobei aber blos auf den *dolus m.* des Dominus gesehn wird. Gründe genug die äussere Uebereinstimmung dieser Teilungsklage mit den andern auszuschliessen[17]).

Von der *a. finium regundorum*, die wenigstens bei ihrer regelmässigen Verwendung wol als Auseinandersetzungs- aber nicht als Teilungsklage[18]) zu nennen ist, sagt Paulus

> fr. 1 fin. reg. 10, 1: . . . . *in personam est*, *licet pro uindicatione rei est.*

Mit der *R. V.* kommt sie überein darin, dass in der Ausübung gehemmtes Eigentum zur Anerkennung gebracht, und das Hemmnis beseitigt werden soll; die Abweichungen der *F. R.* aber liegen

a) in den einschränkenden Voraussetzungen betreffs des Quasivindikationsobjekts: Immobile; am Grenzsaum eines Fundus; von beschränkter Ausdehnung; wogegen

b) abgesehn wird von dem Erfordernis dies Objekt durch Behauptung bestimmter Grenzlinien zu präcisiren;

c) in den Besonderheiten des Verfahrens: unvermeidliche Zweiseitigkeit; vorwiegende Bedeutung von

[17]) Man könnte vermuten, dass wenn die *a. pro socio* erfunden wäre zu einer Zeit wo das *C. D. I.* noch nicht bestanden, sie vielleicht auch eine ähnliche Funktion wie die *a. trib.* erhalten hätte; dass dies nicht der Fall, ist eine wenn auch nur schwache Anzeige des höheren Alters.

[18]) Insofern man nämlich unter teilen wiederum das Umsetzen von Partialrechten am Ganzen in Totalrechte am Stücke versteht. — Schon Brinz, Pand. I. 228, hat von der *F. R.* bemerkt, dass sie "kaum eine Teilungsklage" sei.

Sachverständigen-Gutachten; eventuelle Möglichkeit einer Adjudikation und dieselbe ergänzenden Kondemnation.

Wer die *F. R.* aktiv oder passiv, was sich hier ausgleicht, erheben will, muss sein Berechtigter[19]) eines der Grundstücke deren Grenzen in Frage kommen; ist sie in Gang gebracht, so wird sie namens des Grundstücks[20]) durchgeführt, unabhängig vom Wechsel der berechtigten Personen (fr. 9 fin. r.). Aber trotz alledem gilt die Aktion doch nicht als dingliche, im Gegenteil, "*in personam est*"; was ist Grund und was Folge hievon[21])?

Ueberhaupt sind noch viel dunkele Stellen[22]) in unserer Kenntnis von der *F. R.*, die zunächst die geschichtliche Entwickelung, folgeweise aber auch das neueste Recht betreffen. Neben dem aus den Zwölftafeln stammenden Verfahren mit einer Mehrzahl erkennender Arbitri steht ein "*iudicium e lege Mamilia*" vor dem Einzelrichter[23]), beide beschränkt auf die Fälle wo nichts als der 5—6füssige "*finis*" in Frage stand[24]).

---

[19]) Nicht immer Eigentümer fr. 4 § 9 fin. reg.

[20]) Entsprechend dass "*magis fundo quam personis adiudicari fines intelleguntur*", wobei wenn der Berechtigten auf einer Seite mehre stehn "*unus quisque portionem habebit quam in fundo habet*" (fr. 4 § 5 eod.).

[21]) Keinesfalls kann dies aus der Möglichkeit auch persönliche Ansprüche zu verfolgen erklärt werden, denn dieselbe Möglichkeit besteht bei der R. V. in ausgedehntestem Masse.

[22]) Man vergleiche die Differenzen von Rudorff (Zschr. f. g. R. W. X. Abh. 7, und Grom. Inst., Feldm. II. 422 f.), meine Anzeige dieser zweiten Darstellung Rs. (kr. Zschr. I. 441 f.), Karlowa (Beitr. 141 f.) und wieder Rudorff (Edict. § 73). Meine eigenen Anschauungen kehren hier auch nicht ohne wesentliche Aenderung wieder.

[23]) Hauptstelle Cicero de leg. I. 55, 56: ". . . . *nec Mamilia lege singuli, sed ex his [sc. XII. tab.] tres arbitri fines regemus*". Dazu Frontin. (Feldm. I). 43, Z. 23 f.: "*mensores arbitros conscribere aut sortiri iudices*"; cf. seq.

[24]) Frontin. l. cit.: "*quando in re praesenti plus quidem quam de fini regundo agetur*". — Idem 11 Z. 3 f.: "*de rigore controuersia . . . . secundum legem Mamiliam intra quinque pedes agitur*". — 12 Z. 1: "*de fine similis est controuersia . . . nam et eadem lege continetur et de quinque pedum agitur latitudine*". — 13 Z. 1: "*de loco controuersia est quom quid excedit supra scriptum latitudinem*". — 38 Z. 1: "*de qua lege [Mamilia] iuris periti adhuc habent quaestionem . . . . quini pedes latitudinis dati sint, an in tantum quinque, ut dupondium et semissem unaquaeque pars agri finem pertinere patiatur*". — Hygin. ibid. 126 Z. 3: "*de fine si ageretur. quae res intra pedum quinque aut sex latitudinem quaestionem habet*". — Hiezu die aus Cicero in der vorigen

Im Justinianischen Recht ist der Unterschied getilgt[25]) und die Beschränkung gehoben[26]); zugleich ist die *F. R.* der allgemeinen dreissigjährigen Klagenverjährung unterworfen

---

Note citirte Stelle: "*quoniam usucapionem XII. tab. intra quinque pedes esse noluerunt* . . . ." und c. 3 C. Th. fin. reg. 2, 26 (Const.) (Feldm. I. 268, Z. 12): "*si finalis controuersia fuit, tum demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes . . . esse constiterit*". — cf. c. 4 (Valent. Theod. Arcad.), c. 5 (Theod. Arc. Honor.) eod. — In scheinbarem Widerspruch hiezu Isidor. rig. V. 25: "*f. r. a. dicta ex eo, quod per eam regantur fines utrique ne dissipentur; dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controuersia sit*". Offenbar aber verdanken wir die Negation hier einem Abschreiberversehn, wobei erinnert werden mag dass auch in der Cicerostelle die Handschriften statt "*noluerunt*" geben "*uoluerint*". Die Bemerkung Karlowas (Beitr. 143) wider diese Emendation schlägt nicht durch, da "*intra Calendas etiam ipsae Calendae sunt*", fr. 1 § 9 de succ. ed. 38, 9.

25) Denn es fehlt hier durchgängig jeder Anhalt das Verfahren vor den *arbitri* und das vor dem *iudex* auseinanderzuhalten. Aus dem Theodosianischen Kodex ist c. 3 fin. reg. (Const.) gar nicht, c. 4 eod. (Valent.) stark verstümmelt, c. 5 eod. (Theod.) nicht unverändert, z. B. "*finalibus iurgiis*" ersetzt durch "*finali quaestione*", in den Justinianischen übernommen worden. Es würde nicht dieses besondern Hinweises bedürfen um die Frage zu begründen, ob die in die Justinianische Sammlung aufgenommenen Stellen ursprünglich auf das "*iudicium*" oder auf das "*arbitrium*" Bezug gehabt haben.

26) Dies ergibt sich

a) aus dem Schweigen der Digestenstellen von den "*quinque pedes*",

b) aus demselben Schweigen der Kodexstellen, mit alleiniger Ausnahme der c. 5, wobei insbesondere die Verstümmelung ins Gewicht fällt, welche die aus dem Theodosianus übernommenen Stellen erlitten haben. Karlowas Bemerkung (a. a. O. 159) "*finis, confinium*" an sich bezeichne eben nur einen Streifen von bestimmter Breite, wird dadurch hinfällig, dass darum doch die früheren, und noch die Kaiser Konstantin Valentinian Theodosius Arcadius Honorius, die ausdrückliche Hervorhebung der "*V. ped.*" nicht überflüssig geachtet haben.

c) Die gedachte c. 5 selber, die von der c. 4 C. Th. fin. reg. 2, 26 (Feldm. I. 269, Z. 1 f.) nur den Anfang enthält, während das bei weitem grössere Stück beseitigt ist;

quinque pedum praescriptione summota finalis iurgii uel locorum libera peragatur intentio

kann bei Justinian wenigstens nur auf eine *praescriptio* bezogen werden, die früher bestanden und durch kaiserliche Verordnung aufgehoben ist, darf also nicht füglich auf die Verjährung gedeutet werden die schon durch die Zwölftafeln ferngehalten war (vgl. die folg. Note). "*praescriptio*" bezeichnet also Einrede schlechthin, und eine "*quinque pedum praescriptio*" muss früher sowol das "*finale iurgium*" wenn es über die 5 Fuss hinausgreifen wollte, wie die "*locorum intentio*" eingeengt haben, falls für diese kein Objekt von mehr als

worden[27]. Alles dies hat aber mit der Bezeichnung der *actio* als *in personam* wenig zu schaffen; der vermutliche Grund: dass dieselbe keine auf Behauptung eines Sachenrechts (in *rem* konzipirte) Intention hatte, und dass man mehr und mehr

---

fünffüssiger Breite sich ergab; jetzt soll das "*finale iurgium*" auch auf mehr als den fünffüssigen Grenzsaum erstreckt, der Streit "*de loco*" nach Umständen auf diesen beschränkt werden können, was beides mit den übrigens aus der Justinianischen Kompilation erfindlichen Resultaten bestens harmonirt. Allerdings ist in derselben noch ein "*finale iurgium*" zu finden:

c. 10 de euict. 8, 45 (Alex.): *si fines agri uenditor demonstrauit, et legem dixit "intra eos neminem ingressurum", si quid inde euincatur, periculo fit auctoris. quod si "finibus suis", quos demonstrauit, agrum uendidit, lis finalis ad uenditorem non pertinet.*

Aber es mag dahingestellt bleiben, ob die Aufnahme dieser Stelle als Inkonsequenz zu rügen wäre; denn wenn auch alle prozess- und aktionenrechtlichen Verschiedenheiten der Sachen über und unter 5 Fuss getilgt waren, so konnte man darum doch die Sitte aufrecht erhalten, dass eine *lex* "*finibus suis*" den Verkäufer von der Verhaftung wegen kleinerer Grenzstückseviktionen befreiete, und dass für das Mass dieser "kleineren" Streitigkeiten die alten fünf Fuss bestimmend blieben.

Die von Karlowa (Beitr. 159 f.) citirten Beläge aus dem späteren Recht beweisen entweder dass die Praxis nach Justinian zum alten Brauch wieder zurückgekehrt ist, oder dass die Byzantinischen Autoren ältere Zeugnisse gedankenlos benutzt haben.

[27]) "*Usucapionem XII tabulae intra quinque pedes esse noluerunt*"; wir wissen nicht ob sie dieselbe durch direktes Verbot ausgeschlossen hatten, oder durch das Gebot eines besondere Usukapionsberücksichtigung nicht gestattenden Verfahrens. Ueber den Sinn des Verbots aber darf kein Zweifel sein: eine Usukapion, die sich innerhalb der 5 Fuss hielte, bleibt erfolglos; überschreitet sie diese Breite, so wird der Grenzsaum mit dem darüber hinausliegenden Lande zusammen erworben (vgl. Karlowa a. a. O. 150).

War ebenso auch die prätorische *longi temporis possessio* ausgeschlossen? Man möchte dies annehmen, ein Reskript von Valens und Valentinian (Consult. 9, 4) bestätigt es, zeigt aber doch zugleich dass die Einrede im betreffenden Falle vorgeschützt war. Mehr beweisen würde c. 4 C. Th. fin. reg. als *lex generalis*, falls die von Alciat bis Karlowa (Beitr. 154 f.) gebilligte Interpretation (*praescr.* = *praescriptio temporis*) richtig wäre; dann müsste wirklich die "*praescriptio temporis*" eine Zeitlang auch wegen des Grenzrains in Geltung gewesen sein, und zwar sowol wider "*finale iurgium*" wie gegen die "*locorum intentio*", die Kaiser aber beseitigten diese und stellten damit erst die rechtliche Gleichheit für *u. c.* und *l. t. p.* her. Ansprechend finde ich das Resultat nicht, und ziehe darum die in der vorigen Note gegebene Auslegung vor, ohne doch die äussere Möglichkeit der andern zu bestreiten. Die für dieselbe von Karlowa übrigens vorgebrachten Gründe wiegen nicht

sich gewöhnte, derartig formulirte Klagen unter den Namen der *in pers. actiones* mitzubegreifen und prozessualisch nach gleichen Normen zu behandeln [28]). Uebrigens konnte man sich durch Besitzaufgabe des streitigen Landstücks von der Prozessübernahme bei dieser *a. in personam* gerade so befreien, wie bei allen *actiones in rem*.

Der Hauptzweck jeder *F. R.* ist die Feststellung und körperliche, an Ort und Stelle vorzunehmende Klarlegung der Grenzen [29]). Hieran schliesst sich, aber durchaus nicht in

---

schwer: die Analogie von der aus der Consultatio citirten Konstitution nicht, weil diese keine *l. generalis* ist; dass "*praescriptio*" in der ganzen c. 4 cit. durchgängig (d. h. drei Male) die Bedeutnng "*temporis pr.*" habe darum nicht, weil die "*praescriptio, si ueteribus signis limes inclusus finem congruum erudita arte praestiterit*" doch kaum als "*temporis pr.*" zu nennen sein dürfte, das dritte Mal aber das Wort "*temporis*" der "*praescr.*" ausdrücklich zugesetzt wird; das folgende "*prolixioris temp.*" nicht, weil dies nach Römischem Sprachgebrauch so gut irgend welche lange, als gerade (komparativisch) eine längere Zeit zu bezeichnen vermag.

Nach unserer Auffassung kehrt sich der dritte Absatz der c. 4 cit.: "*nec uero prolixioris temporis . . . . locum habebit ulla praescriptio*", *et c.* beiläufig wider Fälle wie den in dem Reskript aus der Consultatio berührten; in Verbindung mit dem im ersten Satze aufgehobenen Unterschiede der Streitigkeiten um mehr und um weniger als fünf Fuss, ist der Ausdruck der Kaiser misverständlich, und wie c. 5 eod. zeigt misverstanden, der Ausschluss der Präskription sollte doch nur für die fünf Fuss gelten. Dann ist die *F. R.* der dreissigjährigen Klagenverjährung, nicht erst von Justinian (vgl. Karlowa a. a. O. 157 f.), durchgängig unterworfen (c. 1 § 1 de ann. exc. 7, 40), diese Verjährung also auch für die fünf Fuss zur Geltung gebracht worden, jedoch mit solcher Umgestaltung der c. 5 C. Th. = c. 6 C. I. fin. reg., dass dadurch jede andere Art der Verjährung für das ganze Gebiet der Klage zweifellos ausgeschlossen war: "*non longi temporis sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere*".

[28]) Was noch zu Paulus Zeit beispielsweise betreffs der zu stellenden Kautionen von Wichtigkeit war.

[29]) Dies ist das "*dirimere fines*" fr. 2 § 1 fin. reg., "*terminos per mensorem declarari*" fr. 8 pr. eod., "*dirimere ipsam finium quaestionem*" fr. 8 § 1 eod., cf. fr. 11, fr. 12 eod.; c. 1, c. 4 C. Th. eod.; c. 2, c. 3 C. I. eod. Dem entspricht das "*requiri placere terminos quos Socrates pegerit iisque parere*" bei Cicero de legib. I. 56. Diese Grenzfeststellung geschieht stets durch Mensoren, vgl. ausser den eben angeführten Stellen die vielen beinahe durchgehenden Andeutungen in den Abschnitten "*de controuersiis agrorum*" der Feldmesserschriften (Ed. Lachm. 9—26, 34—58, 123—134). Ob eben dies zuweilen auch unter den Ausdruck "*adiudicare fines*" miteinbegriffen wurde (cf. fr. 4 § 5 fin. reg. Paul.), mag dahingestellt bleiben.

allen Fällen, eine Adjudikation[30]), die als notwendiges Surrogat eine Kondemnation nach sich zieht. Wo die Adjudikation eintritt ist, ihre Bedeutung von der bei den Teilungsklagen wesentlich verschieden, dort schafft sie (aus partialem totales) hier überträgt sie Eigentum. Trifft es sich dabei nicht zufällig, dass eben soviel dem B von A wie dem A von B adjudizirt werden kann, so muss die Lücke durch eine andere Gegenleistung gefüllt werden, die zu bestimmen Aufgabe der Kondemnation ist (fr. 3 fin. reg.). Die Rücksicht auf die persönlichen aus dem Innehaben der fremden Sache erwachsenden Ansprüche und Gegenansprüche hat nicht gefehlt[31]), scheint aber den Inhalt der Kondemnation meist nur zum kleineren Teile ausgemacht zu haben. Ein dritter Grund der Kondemnation lag in dem Ungehorsam der Parteien[32]) wider das die Grenzen regulirende richterliche Erkenntnis.

Den Teilungsklagen steht *F. R.* darin gleich, dass alle drei *iudicia duplicia*[33]) sind. Der gleiche Name bedingt eine gewisse Uebereinstimmung von Verfahren und Erfolg, wobei aber nicht zu übersehn ist, dass die Grundlagen der Duplizität verschiedene sind. Aber auch die beiden Elemente, aus denen die Teilungsklagen zusammengesetzt sind, verhalten sich betreffs der Zweiseitigkeit nicht gleich.

---

30) Fr. 2 § 1 fin. reg. (Ulp.): ". . . *ubi non possit dirimere fines, adiudicatione controuersiam dirimat*" — fr. 3, fr. 4 pr. eod.
Fraglich ob dies adjudiziren und das damit in Verbindung stehende kondemniren in alter Zeit nur dem "*iudex*", oder auch den "*arbitri finium regundorum*" zugekommen? Wogegen soviel gewis ist, dass der Judex bei dieser Tätigkeit über das Gebiet der fünf Fuss hinausgehn durfte: "*per aliam regionem fines dirigere*" kann nicht heissen, sie um höchstens fünf Fuss nach rechts oder links verschieben, so wenig wie das "*in partes res scindi potest*" (fr. 4 pr. cit.) auf diese Beschränkung weist. Ebenso steht fest, dass einmal bestimmte Grenzen nicht für alle Zeiten bleibend waren, sondern nach Belieben der Parteien verlegt werden konnten, was bei der Erforschung älterer Wahrzeichen berücksichtigt werden musste, fr. 11, fr. 12 fin. reg. c. 2 eod. (dazu Karlowa a. a. O. 151 wider Rudorff).

31) Fr. 4 § 1 eod.: *quid si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem uicini esse appareat? non inique damnatio eo nomine fiet.* — cf. § 2.

32) Fr. 4 § 3 eod., cf. fr. 13 eod.

33) Fr. 10 fin. reg.: *iudicium communi diuidundo familiae erciscundae finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex ius habeant, agentis et eius quocum agitur.* — fr. 44 § 4, cf. fr. 48 fam. erc., fr. 37 § 1 de O et A. 44, 7, fr. 13, fr. 14 de iud. 5, 1; cf. fr. 2 § 3 fam. erc.

Vollkommen ist die Gleichseitigkeit insofern es sich um die Teilung selber mit dem Endziel der Adjudikation handelt. Dieses Stück des Inhalts der fraglichen Aktionen ist "*in rem*" [34]), der Kläger fordert von keinen Andern eine Leistung sondern lediglich einen sein Recht an der Sache erkennenden Ausspruch, und zwar fordert dies die eine Prozesspartei so gut wie die andere, daher jede Kläger, und wenn man will auch Beklagter ist. Der Unterschied von der Vindikation liegt aber darin, dass bei dieser jeder ein Recht und zwar ein ausschliessliches an der ganzen Sache behauptet und anerkannt wissen will, daher die Behauptung des Einen der des Andern entgegentritt und Richter stets für den Einen und wider den Andern erkennen muss; bei den Teilungsklagen aber im Normalfalle die Parteien kollidirende Rechte weder behaupten noch fordern, der Richter also zugleich nach dem Petitum des Einen und nach dem des Andern erkennen kann. Es erklärt sich hieraus dass die Gleichseitigkeit bei dem Teilungsverfahren bis zum Spruch aufrecht zu erhalten ist, während wir schon im alten Prozesse aus der anfänglich gleichseitigen Vindikation später, mit der Vindizienerteilung, ein ungleichseitiges Verfahren hervorgehn sehn. Der andere vorher schon be-

---

34) § 20 I. de act. 4, 6: *quaedam actiones mixtam causam obtinere uidentur, tam in rem quam in personam; qualis est F. E. . . . item C. D. . . . item F. R.* Eck a. a. O. 91 meint im Anschluss an Aeltere, die Ausdrücke "*mixta causa*" und "*in rem*" seien zu erklären aus dem Erfolge der Teilungsklagen, "insofern derselbe teils in der Begründung dinglicher Rechte, teils in der Verpflichtung zu persönlichen Leistungen bestehe"; aber wenn überall sonst der Name *actio in rem* gebraucht wird von den Aktionen welche ein Recht an der Sache voraussetzen, nicht von denen die es erst begründen und schaffen sollen, wie z. B. die Klage aus dem *fidecommissum libertatis*, (auch die *a. aquae pluuiae arcendae* so sehr sie übrigens den Servitutenklagen sich nähert ist nicht als "*a. in rem*" anerkannt, fr. 6 § 5 de aqua 39, 3, da sie nicht auf der Behauptung eines vorhandenen dinglichen Rechts fusst) dann muss derselbe wol auch hier von dem dinglichen Rechte durch das die Klage begründet wird, nicht von demjenigen das durch die Klage erst begründet werden soll hergeleitet werden. Dass derselbe Boden auch bei der *F. E.* nicht fehlt, liegt auf der Hand. — Sehr wohl verträgt sich mit unserer Auffassung das oben N. 14, citirte fr. 22 § 4 fam. erc.: "*res*" cf. § 5 ibid. sind die Sachen die zur Teilung gelangen, weil sie im Recht der Teilenden stehn. Zu beachten ist noch fr. 18 comm. diu. (oben N. 10), wonach das *in iudicium* deduzirte Recht für die Grenzen der richterlichen Adjudikationsbefugnis massgebend ist; auch fr. 8 § 1 eod., wo eine *incertae partis uindicatio* mit der *C. D.* konkurrirt.

rührte Unterschied der Teilungsklagen von der Vindikation, dass bei ihnen der Richter die Rechte die vor ihn kommen umzuschaffen, die Partialrechte am Ganzen im Totalrechte am Teil umzusetzen hat, dürfte in Beziehung auf die Zweiseitigkeit irrelevant sein.

Ganz anders betreffs der Ansprüche auf *"praestationes personales"*. Dergleichen können dasein von der einen Seite, oder von der andern Seite, oder von beiden Seiten. Bei Verfolgung der einzelnen Ansprüche hört ganz unbedenklich die Gleichseitigkeit auf, wer den Anspruch behauptet tritt für ihn als Kläger der Gegner als Beklagter auf, denn auch *"reus excipiendo fit actor"*. Die Zweiseitigkeit beschränkt sich also betreffs dieses zweiten Stücks der Teilungsklagen darauf, dass jede Partei mit derartigen Ansprüchen auftreten darf, und also Kläger nicht sowol ist als werden kann. Dieselbe Zweiseitigkeit haben wir bei allen Aktionen aus den s. g. zweiseitigen Kontrakten und Quasikontrakten (*contr.* und *quasi c. bilaterales aequales* und *inaequales*). Regelmässig erwachsen aus einem[35]) Ereignis hier zwei Aktionen, die eine des einen die andere des andern Kontrahenten, so dass Titius wie Sejus jeder nur seine Aktion anstrengen kann; ist aber einer mit Klage vorgegangen, so kann innerhalb der Klage des Titius wider die Ansprüche desselben Sejus auch seine Ansprüche aus demselben Geschäfte ausführen, wie umgekehrt Titius ein gleiches könnte innerhalb der Klage des Sejus.

Für diese Aktionen aus zweiseitigen Geschäften scheinen zwei verschiedene Prozessformeln im Gebrauch gewesen zu sein: die zweiseitige[36])

quidquid paret alterum alteri d. f. o.,

bei der eine vollständige Berücksichtigung aller Ansprüche des einen wie des andern Teils zulässig war; und die einseitige

quidquid paret Nm. Ao. d. f. o.,

welche unbedingt vollständige Berücksichtigung nur der Ansprüche des Agerius gestattet, während die Ansprüche des

35) Nur bei der *negotiorum gestio* tritt die Ausnahme ein, dass diejenigen Tatsachen, welche für sich allein schon die *a. directa* begründen, zwar sämmtlich auch notwendige Voraussetzungen der *a. contraria* sind, zur Entstehung derselben aber allein nicht ausreichen, sondern noch eines Zusatzes bedürfen.

36) Cf. Cicer. top. 66, de off. 3, 70; Gai. III. 137; fr. 2 § 3, fr. 5 pr. de O. et A. 44, 7 (Gai.).

Numerius über das Mass der Forderungen des Agerius keine Beachtung finden konnten[37]). Es ist nicht unwahrscheinlich dass bei den Teilungsklagen ein ähnlicher Unterschied bestanden, nur dass in der Regel, zumal da wo wirkliche Teilung beabsichtigt war, die Formel auf das "*alterum alteri d. f. o.*" gestellt wurde, woneben die Möglichkeit anzuerkennen bleibt, dass, wo die *C. D.* benutzt wurde um einseitig einzelne persönliche Ansprüche zu verfolgen (vgl. N. 16), die Formelfassung jeden Gegenanspruch fern hielt der über die Kompensationsgrenze hinaustragen konnte.

Als wichtigste Konsequenzen der vorhandenen Gleichseitigkeit und der ganzen eigentümlichen Natur dieser Klagen, sind aufzuführen:

a) das Forum bestimmt sich nicht nach den Personen, sondern nach den Sachen[38]) die zur Teilung kommen;

b) die Formeln nennen regelmässig beide Parteien in gleicher Weise;

c) beide Teile haben den Kalumnieneid als Kläger und als Beklagte zu[39]) leisten;

d) beide Teile können regelmässig alle persönlichen Ansprüche die sie betreffs dieser Sachen wider einander haben geltend machen, worauf nach geschehener Abrechnung die bezügliche Kondemnation des Einen oder des Andern folgen muss;

e) betreffs der Beweislast[40]) stehn beide gleich;

---

[37]) Aus einer Formel

quidquid Nm. Ao. dare facere oportet
Nm. Ao. condemna s. n. p. a.

kann der Richter nicht den Agerius dem Numerius kondemniren. Vgl. auch Dernburg Compens. (II. Aufl.) § 8, insb. 62 u. 63.

[38]) Es muss, seitdem überhaupt das *forum rei sitae* für *actiones in rem* in Aufnahme gekommen, dies auch bei den Teilungsklagen stattfinden. Die abweichende Ansicht von Eck a. a. O. zu N. 318, beruht auf seinem Verkennen des dinglichen Elements dieser Klagen, s. oben N. 34, und Beil. L. — Eine andere Streitfrage über den Gerichtsstand, die schon die Römischen Juristen beschäftigt hat, berührt Gajus in

fr. 11 § 2 de iurisd. 2, 1: . . . *utrum singulae partes spectandae sunt circa iurisdictionem eius qui cognoscit . . . . . an potius tota res, quod Cassio et Pegaso placet, et sane eorum sententia probabilis est.*

[39]) Fr. 44 § 4 fam. erc. (Paul.).

[40]) In dem normalen Falle, wo über die Höhe der Quoten an den zu teilenden Sachen kein Streit ist, haben bei dem eigentlichen Teilungsverfahren Parteien regelmässig nichts zu beweisen, da die richterliche Tätigkeit in

f) desgleichen betreffs der Adjudikation, indem die Fragen ob Beiden oder ob Einem und dann Wem zu adjudiziren ist, und wie die die Adjudikationen ergänzenden Kondemnationen zu ergehn haben, durchgängig nach Momenten entschieden werden bei welchen beide Teile ganz gleich[41]) konkurriren.

Es scheint dass einzelne Römische Juristen daran gedacht haben, die Gleichseitigkeit noch weiter zu treiben, und z. B. eine Einleitung des Verfahrens durch beide Teile[42]) zu erfordern, wogegen übrigens auch eine äussere Verschiedenheit[43]) der Parteistellungen schon früher Anerkennung gefunden haben muss.

Anders verhält sich die Duplizität der *F. R.* Geteilt in dem N. 18, angenommenen Sinne soll nichts werden, aber zerlegt. Die Zerlegung trifft ein Stück Landes, das nicht in Gemeinrecht sondern in zweifelhaftem Rechte gestanden. Durch jede derartige Klaganstellung wird ein gewisser Abschnitt für zweifelhaft erklärt, und wenn er dies in Wirklichkeit bis dahin nicht gewesen sein sollte, zweifelhaft gemacht. Auch *F. R.* "*mixtam causam obtinere uidetur*", ihr eines Stück ist "*in rem*", "*pro uindicatione est*", wer mit ihr vorgeht fordert zunächst ein ausserhalb der von ihm bisher zweifellos behaupteten Grenzen belegenes Stück. Sobald aber die Grenzregulirungsarbeit einmal in Gang gebracht ist, emanzipirt

---

keiner Weise durch die von ihnen aufzustellenden Behauptungen bedingt wird; was aber nicht ausschliesst dass nach Umständen Richter dem Einen oder dem Andern dies und jenes zu beweisen auferlegt. — Betreffs der persönlichen Prästationen hingegen ist selbstverständlich, dass jeden die Beweispflicht hinsichts der von ihm erhobenen Ansprüche trifft; hier kann es keinen Unterschied machen, ob eine *a. pro socio* oder ob die *C. D.* als Verfolgungsmittel dient.

[41]) Vgl. u. a.: fr. 21 comm. diu.; fr. 26 fam. erc.; fr. 6, fr. 22 § 1—3, eod., fr. 7 § 13, fr. 19 § 3 comm. diu., c. 3 eod. 3, 37; § 4, § 5 I. de off. iud. 4, 17

[42]) Fr. 43 fam. erc.: "*arbitrum familiae erciscundae uel unus petere potest*", was Ulpian schwerlich so ausgesprochen hätte, wenn der Satz nie in Zweifel gezogen worden wäre.

[43]) Schon Gajus sagt "*magis placuit eum uideri actorem, qui ad iudicium prouocasset*" fr. 13 de iud. 5, 1, fr. 2 § 1 comm. diu. Diese Verschiedenheit der Stellungen galt zu Ulpians Zeit als dergestalt unentbehrlich, dass "*cum ambo ad iudicium prouocant, sorte res discerni solet*" (fr. 14 de iud.); aber eben die Benutzung des Looses beweist auch die materielle Bedeutungslosigkeit der Frage.

sich dieselbe von dem ursprünglichen Begehren. In ihrem endlichen Resultat kann sie demselben entsprechen, A. erhält ein Stück des von N. bisher besessenen Grenzsaums; oder sie kann sich rein negativ dawider verhalten, es bleibt bei dem bisherigen Besitzverhältnis; oder sie kann auch positiv wider den A. ausfallen, die Grenze wird in das von ihm bisher besessene Land zurückverlegt, er muss ein Stück davon an N. restituiren. Alles zweifelhaft gewordene Land kann dem einen Nachbar, oder es kann dem andern, oder es kann teils dem einen teils dem andern zugesprochen werden. Und weiter: ist mit dem blossen "*dirimere fines*" innerhalb des zweifelhaften Gebiets nicht auszukommen, sondern eine völlig neue Grenzlinie erforderlich (vgl. oben N. 30), so wird nach Bedürfnis auch in das unzweifelhafte Land eingeschnitten, und hier oder dort, freilich gegen Entschädigung zugelegt. In all diesen Beziehungen also stehn die Parteien einander vollkommen gleich, und man könnte etwa die *F. R.* als Komplex zweier eigentümlich modifizirter Vindikationen je des Einen wider den Andern erfassen. Doch muss die Gleichseitigkeit der Teilungsklagen insofern als die vollkommenere anerkannt werden, als nur für das Teilungserkenntnis die Notwendigkeit besteht beide Parteien, indem jeder etwas adjudizirt wird, Stück der Sache oder Surrogat, völlig gleich zu behandeln.

Was die übrigen praktischen Konsequenzen anlangt, so dürfte nur für die Beweislast an eine Abweichung von den Regeln der Teilungsklagen zu denken sein. Man könnte meinen, dass wer mit der *F. R.* eine Erweiterung seines Grundstücks anstrebe, als beweispflichtig anzunehmen sei. Aber bei wirklich verwirrten Grenzen schwindet dieser Unterschied, weil Besitz und Recht zugleich in Frage stehn; auch scheint es dass die Richter in Rom bei diesem Verfahren nicht an die Anträge und Behauptungen der Parteien gebunden gewesen seien, vielmehr inquisitorisch zu verfahren gehabt haben. Die entscheidenden Sachverständigengutachten treten nicht sowol als Beweismittel der Parteien auf, sondern sind entweder von dem Richter oder den Richtern *lege artis* selber zu finden, oder direkt an den Richter zu erstatten [44]).

---

[44]) Vgl. über die Stellung von Richter und Sachverständigen überhaupt fr. 2 § 1, fr. 4 § 1, fr. 8 pr. § 1, fr. 11, fr. 12 fin. reg., c. 3 fin. reg. 3, 39;

Alles wesentliche zusammengenommen, ergibt die Heranziehung der Auseinandersetzungsklagen keine Aenderung des Aktionenbegriffs. Die *actio* ist auch hier nichts als das Mittel der Rechtsverfolgung, das Recht auf Konstituirung eines *iudicium*; eigentümlich ist nur der Inhalt, die Rechte die mit diesem Mittel verfolgt werden können. Unter diesen können sein Ansprüche, aber auch Nichtansprüche, und gerade der Nichtansprüche wegen sind diese Rechtsmittel erfunden. Wegen des Rechts (und Nichtanspruchs) statt eines Partialrechts am Ganzen ein Totalrecht am Teil zu erhalten, und wegen des Rechts (und Nichtanspruchs) auf feste Abgrenzung schwankend abgegrenztes Grundeigentums. Beide Rechte nähern sich dinglichen, und so stehen diese Aktionen den *actiones in rem* nahe, die wenigstens in ihrer ursprünglichen Gestalt auch der Verfolgung von Ansprüchen nicht vornehmlich oder gar ausschliesslich dienten. Aber wie die *actiones in rem* sind auch die Auseinandersetzungsaktionen geschickt dazu, die Verfolgung von Ansprüchen mitzuübernehmen und, wenn es sein soll, im einzelnen Falle auch blos dem Zwecke der Anspruchsverfolgung zu dienen.

Die *interdicta duplicia*[45]) werden besser im Zusammenhang mit den übrigen Interdikten behandelt; nur die Betrachtung der Gesammtheit kann den richtigen Schluss ergeben, wie *actio* und *interdictum* zu einander sich verhalten. Die Zweiseitigkeit aber beruht hier offenbar auf demselben Gedanken, der für die alte *legis actio in rem* massgebend gewesen, ja man könnte sagen, es sei eben diese Zweiseitigkeit der Legisaktion selber, nachdem das Petitorium einseitig geworden, in das Possessorium übertragen.

---

die Abhandlungen "*de controuersiis agrorum*" bei den Gromatikern, Lachm. 34—90, und 124—134, namentlich 34—37.

45) Gai. IV. 160; fr. 3 § 1 uti poss. 43, 17.

XIII. KAPITEL.

STREITSPONSIONEN.

Seitdem wir den Formularprozess erreicht haben sind die Betrachtungen systematisch vorgegangen: *actiones in personam — in rem;* jene teils *ex contractu* teils *ex delicto;* von den Kontraktsklagen wird eine grössere Gruppe im Laufe der Zeit *bonae fidei*, unter denen welche aus Delikt stammen zeichnen sich besonders aus die zur Noxaedation führenden; neben den *actiones in personam* und *in rem* die Auseinandersetzungsklagen, ausser einzelnen Interdikten die einzigen *iudicia duplicia* der neueren Zeit. Das Sponsionenstreitverfahren aber gehört keiner besonderen Gruppe von Aktionen an, es verknüpft sich mit der *a. in rem* und der *condictio certi* so gut wie mit den Interdikten, es betrifft bald die Hauptfrage bald Accessionen bald Präjudizialpunkte. Gerade die Mannigfaltigkeit der einzelnen Erscheinungen fordert eine zusammenhängende Behandlung des weit verbreiteten und für die ganze Entwickelung der Aktionen wichtigen Instituts.

Die "*sponsio*" ist der klassischen Jurisprudenz eine Spezies der "*stipulatio*": wahrscheinlich dass der Unterschied ursprünglich kein blos äusserer, und dass die Beschränkung des "*spondesne — spondeo*" auf den Gebrauch der Römischen Bürger keine rein willkürliche gewesen. Für diejenigen Gebilde aber, auf die wir hier sehn, hat der Unterschied jede tiefere Bedeutung verloren, unbedenklich stellen die Römer selber der „*sponsio*" die "*restipulatio*" als korrespondirendes Glied gegenüber, und wir sind demnach berechtigt, die Ausdrücke "Sponsion" und "Stipulation" einstweilen als gleichbedeutende zu benutzen.

Neben der Sponsion als Medium eines Streitverfahrens spielt die Stipulation noch an einer anderen Stelle des Aktionenrechts die Hauptrolle, bei einer Gruppe welcher der genau bezeichnende Name fehlt: "*cautiones necessariae*", "prätorische und judiziale Stipulationen", "Kautionalstipulationen". Um den Kern des Gegensatzes zu zeichnen, müssen wir auf das Wesen der Stipulation überhaupt kurz eingehn. Die Stipulation nimmt ihrer besondern Brauchbarkeit wegen eine durchaus eigentümliche Stellung unter allen Kontrakten, d. h. auf dem Konsens beruhenden Aktionserzeugungsakten ein; sie ist der einzige Kontrakt, der jeden beliebigen überhaupt kontraktmässigen Inhalt in sich aufzunehmen vermöchte. Dabei besteht zwischen den einzelnen Stipulationen folgender Unterschied: der Anspruch der mit der Aktion aus dieser Stipulation verfolgt werden soll, der wird entweder in dem Stipulationsakt mit der *actio* zugleich geschaffen oder doch umgeschaffen; oder aber er hat seinen eigenen draussen liegenden Entstehungsgrund, der dem Stipulationsakt voraufgegangen sein, demselben aber auch nachfolgen kann. Jede Sponsion oder Stipulation schafft also eine Aktion, aber nicht jede schafft einen Anspruch, vielmehr sind manche bestimmt sonst geschaffene oder noch zuschaffende Ansprüche in sich aufzunehmen und klagbar zu machen. Mit Rücksicht auf diese Verschiedenheit könnte man die Sponsionen oder Stipulationen in konstitutive und rezeptive[1]) abteilen. In dem gegenwärtigen

---

[1]) Die eingehende Darlegung des Wesens der Sponsion und Stipulation muss späteren Ausführungen vorbehalten bleiben. Rezeptivstipulationen die schon existente Ansprüche aufnehmen sind z. B. die *stip. Aquiliana* und die *cautio de damno praeterito*, wogegen die grosse Mehrzahl der prätorischen und der judiziellen Kautionen für zukünftige Ansprüche bestimmt ist. Jenachdem der Anspruch dem sie dienen sich wider den Promittenten selber oder wider einen Dritten richtet, kann man subjektiv prinzipale und subjektiv accessorische Promissionen unterscheiden, die letzteren werden bekanntlich Adpromissionen genannt; steht dagegen der Anspruch dem Stipulirenden selber nicht zu, so ergeben sich auch auf aktiver Seite subjektiv-accessorische Rechtsverhältnisse, namentlich die Adstipulation. Nur die konstitutive Stipulation ist wirkliche Zuwendung, beabsichtigte Bereicherung des Einen aus dem Vermögen des Andern, und steht somit unter den Regeln die für alle Zuwendungen, zumal hinsichts der Causa gelten. Auf sie ist die Trichotomie des "*donare soluere credere*" (soweit wie diese überhaupt richtig ist, also unter weitester Ausdeutung der drei Namen, und unter Anerkennung der Zulässigkeit von beliebigen Mischungen) anwendbar, wogegen die eigentlichen Rezeptivstipu-

Abschnitt haben wir nur mit konstitutiven Sponsionen zu tun, wogegen die Kautionalstipulationen sämmtlich rezeptive sind.

Ob eine von beiden Arten älter gewesen als die andere, wird aus den Quellen schwer zu entscheiden sein. Auch die Rezeptivsponsion scheint schon dem Zwölftafelrecht[2]) angehört zu haben, ohne uns die Begrenzung ihres Anwendungsgebiets zu gestatten, da namentlich die Auseinandersetzung mit den *uades* und den *praedes* zur Zeit unüberwindliche Schwierigkeiten macht. Gewis dagegen ist, dass jede Rezeptivsponsion den Richter, der aus ihr zu erkennen hatte, stets zu einer doppelten Prüfung verpflichtete: ob die Sponsion selber gehörig zu Stande gekommen, und ob der zu verfolgende Anspruch existent geworden. Bei der konstitutiven Sponsion konnte die Untersuchung eine einfache, es konnte Ein Wollen gewesen sein (*"spondesne centum dare"*), aus dem Anspruch und Aktion zugleich hervorgewachsen waren. Aber frühzeitig scheint man auch hier schon Komplikationen zugelassen zu haben, indem nicht blos das unbedingte sondern auch das von irgend einem Wenn abhängige Versprechen als rechtsverbindlich angenommen wurde. Bei letzterem fiel dem Richter dann auch wieder eine doppelte Untersuchung zu: ob das Versprechen selber gehörig geleistet, und ob die bedingende Tatsache als vorhanden anzunehmen sei.

Dem hierauf ergehenden Erkenntnisse kommt doppelte Bedeutung zu: dasselbe entscheidet einmal über das *"deberi"* *"dari oportere"*, zugleich aber auch über das *"esse"* oder *"factum esse"* von dem jenes *deberi* abhängig gemacht worden ist. Man kann das eine als direkte, das andere als indirekte Wirkung eines solchen Spruchs bezeichnen. Kann sein dass das Interesse der Beteiligten sich einer der beiden Wirkungen überwiegend, ja ausschliesslich zuwendet, und die Sponsion demgemäss einseitig entwickelt. Dies führt zum Gegensatz der präjudiziellen und der pönalen Sponsion: bei jener wird die direkte Wirkung auf ein Minimum reduzirt, das aus dem Spruch resultirende *"deberi"* kümmert niemand; bei der pönalen Sponsion aber ist eben dies die Hauptsache, es soll

---

lationen weder *"donandi"* noch *"soluendi"* noch *"credendi animo"* geschlossen zu werden pflegen, wenn auch einzelne Uebergangsgebilde Zweifel erregen können.

[2]) Fr. 5 ne quid in l. p. 43, 8.

hier nicht sowol über das Wenn entschieden, als der übrigens aus demselben resultirenden Entscheidung noch eine weitere Folge gegeben werden. Wohl möglich ist aber auch die Verbindung beider Funktionen, der präjudiziellen mit der pönalen, bei einzelnen Sponsionen[3]. Ja man wird annehmen müssen, dass alle Präjudizialsponsionen der älteren Zeit von dieser pönal-präjudiziellen Art gewesen sind; denn das allmähliche Herunterdrücken und Nichteintreiben der Sponsionssumme ist in einem späteren Entwickelungsstadium ebenso erklärlich, wie es dem Wesen des eben erst in das Leben eintretenden Instituts widerstreben würde mit einem leeren Schein zu beginnen. Inhaltlose Formen pflegen übrigzubleiben, aber nicht geschaffen zu werden, am wenigsten von Völkern die noch in den Stadien blühender Schöpferkraft stehn.

Zur besseren Uebersicht mögen die wichtigeren Quellenzeugnisse für den Sponsionengebrauch in der alten Zeit hier zusammengestellt werden:

α) Plaut. Menaechm.[4]) IV. 2. 25—27:

condiciones tetuli tortas confragosas.

ut plus aut minus quam opus fuerat multus dixeram, ut sponsio fieret. —

β) Val. Maxim. II. 8, 2:

Valerius sponsione Lutatium prouocauit: "ni suo ductu

---

3) Vgl. von den nachstehend angeführten Sponsionsfällen: *β*) wegen der Restipulation (cf. Gai. IV. 94: "*cum quo agitur non restipulatur*"); *η*) Sponsion von HS. 1000; *ο*) von HS. 2000; *ξ*) von HS. 5000; *π*) "*grandi sponsione uictus*". Zu *β*) mag gleich noch bemerkt werden, dass bei dieser Auslegung "*restipulari*" im gewöhnlichen Sinne verstanden wird, während auch nicht ganz unmöglich scheint das Wort auf einfaches "*stipulari*" zu deuten, wo dann das "*nec dubitauit* . . ." zu erklären wäre "L. trug kein Bedenken die Entscheidung auf eine Sponsion zu stellen". Uebrigens halte ich diese zweite Interpretation weder für notwendig noch für besser.

4) So nach Bergk, Hall. Lektionskat. f. 62 und f. 62—63. Das handschriftliche Material gestattet zur Zeit eine im einzelnen durchgängig zuverlässige Textesrestitution nicht. Der Sinn aber scheint zweifellos: Menaechmus verteidigt einen schlimmen Klienten ("*nec magis manifestum ego hominem unquam ullum teneri uidi*"), er sucht Ausreden den Prozess zu verstricken, hinzuschleppen wenigstens, womöglich zu irritiren ("*condiciones tetuli tortas confragosas — uti sponsio fieret*"), daher auch die Konjektur Vahlens (Rh. Mus. XVI. 633; vgl. Ritschls kl. Ausg.) "*ne sponsio differret*" oder "*finiret*" unzweckmässig ist. — Beiläufig dass des Menaechmus Bestreben fruchtlos geblieben, er nun selber zum Präs des sauberen Angeklagten bestellt ist.

Punica classis esset oppressa". *nec dubitauit restipulari Lutatius. itaque iudex inter eos conuenit Atilius Calatinus.* — Dessen Endspruch: "*itaque Lutati, quamuis adhuc tacueris, secundum te litem do*".

γ) Liu. XL. 46:
Fuluius contra queri, se ab eo [M. Aemilio] lacessitum, et in probrum suum sponsionem factam, ohne Angabe des Inhalts derselben.

δ) Val. Max. VI. 1, 10:
a quo [Cornelio contra C. Pescennium III. u. cap.] appellati tribuni, cum de stupro nihil negaret, sed sponsionem se facere paratum diceret, quod adolescens ille palam atque aperte corpore quaestum factitasset, intercessionem suam interponere noluerunt.

ε) Val. Max. VI. 5, 4:
collegium tribunorum, cum unus ex eo L. Cotta fiducia sacrosanctae potestatis creditoribus suis nollet satisfacere, decreuit: si neque solueret pecuniam, neque daret cum quo sponsio fieret, appellantibus se creditoribus auxilio futurum.

ζ) Val. Max. VII. 2, 4:
[L. Fimbria consularis] a Lutatio Pythia splendido equite Romano iudex aditus de sponsione, quam is cum aduersario "quod uir bonus esset" fecerat, nunquam id iudicium pronuntiatione sua finire uoluit.
cf. Cic. de off. III. § 77.

η) Gell. VI. 11, 7:
P. Africanus pro se contra Tiberium Asellium de multa ad populum: "...... si hoc ita est", qui spondet mille nummum?

ϑ) Gell. XIV. 2, 26:
ex oratione M. Catonis: .... nunc si sponsionem fecissent Gellius cum Turio, "ni uir melior esset Gellius quam Turius ...." nemo opinor tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium.

ι) Plin. nat. hist. IX. 119 s.
Behauptung der Kleopatra: "*una se cena centiens HS. absumpturam*". Folge davon: *sponsionibus factis postero*

die quo iudicium agebatur . . . . Plancus iudex sponsionis eius uictum Antonium pronuntiauit . . .
Macrob. sat. II. 13: dieselbe Erzählung.

κ) ad Herenn. IV. 33:
praemium aliquod ex lite aut iudicio cepit? non modo id non fecit, sed etiam insuper ipse grandi sponsione uictus est.

Besonders reichhaltig ist Cicero:

λ) pro Quinct. 30:
iubet P. Quinctium sponsionem cum Sex. Naeuio facere: "si bona sua ex edicto P. Burrieni praetoris dies XXX possessa essent". — Davon wird abhängen ob Quinctius in dem wider ihn anhängigen Prozesse *cautio iudicatum solui* zu leisten hat *ex formula "quod ab eo petet quoniam eius ex edicto praetoris bona dies XXX possessa sint".*
Quinctius rekusirt diese Sponsion, *Dolabella [praetor] aut satisdare aut sponsionem iubet facere — Quinctius sponsionem facere maluit, fecit, te iudicem C. Aquili sumpsit, ex sponso egit.* — cf. 31, 32, 46; — 84: *sponsio quae in uerba facta est: "ni ex edicto praetoris bona P. Quincti possessa sint".*

μ) pro Q. Roscio 10:
pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem, in qua legitimae partis sponsio facta est. 12: *in angustissimam formulam sponsionis concludebas.*

ν) in Verr. II. 1, 115—17:
lege ageret in hereditatem, aut pro praede litis uindiciarum cum satis accepisset sponsionem faceret. — ex edicto urbano: "si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet"

ξ) in Verr. II. 3, 132:
palam Syracusis te audiente maximo conuentu L. Rubrius Q. Apronium sponsione lacessiuit, "ni Apronius dictitaret te sibi in decumis esse socium" . . . sponsio illa ne fieret laborasti. cf. 133.
135: *cum eodem Apronio postea P. Scandilius eques Romanus . . . eandem sponsionem de societate fecit, quam Rubrius facere uoluerat. institit, oppressit, non remisit, facta est sponsio HS. V. milium. coepit Scandilius recu-*

peratores aut iudicem postulare. — Ueber den Verlauf dieses Prozesses 135—142, 144.

o) in Verr. II. 5, 141:

cogere eum coepit, cum ageret nemo, nemo postularet, sponsionem duorum milium nummum facere cum lictore suo, "ni furtis quaestum faceret". recuperatores se de cohorte sua dicebat daturum. — Servilius weigert sich; 142: Mishandlung desselben durch die Liktoren, "*pro mortuo sublatus, breui postea est mortuus*".

π) pro Caec. 23:

P. Dolabella praetor interdixit, ut est consuetudo, de ui hominibus armatis, sine ulla exceptione, tantum ut unde deiecisset restitueret. restituisse se dixit. sponsio facta est. hac de sponsione uobis iudicandum est.

45: *sponsionem facere . . . "ni aduersus edictum praetoris uis facta esset".* cf. 91.

ϱ) ad fam. VII. 21:

tibi uideri sponsionem illam nos sine periculo facere posse, "ni bonorum Turpiliae possessionem praetor ex edicto suo mihi dederit".

Zu diesen Stellen kommen noch einige andere, die nur das Wort *sponsio* nicht enthalten, übrigens den bisher angeführten ebenbürtig[5]) sind.

σ) Liu. III. 24:

quaestores M. Volscio quod falsus haud dubie testis in Caesonem exstitisset diem dixerant. multis emanabat indiciis nec fratrem Volscii . . . ., nec his temporibus . . . .; "nisi ita esset" multi priuati ferebant Volscio iudicem. cum ad iudicium ire non auderet, omnes eae res in unum congruentes haud . . . dubiam damnationem Volscii . . . faciebant.

τ) Liu. III. 56:

Appi Claudi quae . . . . alia es ausus gratiam facio; unius tantum criminis, nisi iudicem dices "te ab libertate in seruitutem contra leges uindicias non dedisse", in uincla te duci iubebo.

sic se iterum ac saepius iudicem illi ferre "ni uindicias

---

[5]) Vgl. auch Keller Semestr. I. 7 N. 5.

ab libertate in seruitutem dederit", si ad iudicem non eat, pro damnato in uincla duci iubere.

v) Plaut. Rud.[6]) V. 3, 22—26.

D. qua pro re argentum promisit hic tibi? G. si uidulum hunc redegissem in potestatem eius, iuratust dare mihi talentum magnum argenti. L. cedo quicum habeam iudicem,
"ni dolo malo instipulatus sis", "niue etiamdum hau siem quinque et uiginti annos natus". G. habe cum hoc.

Es liegt nahe, das "*iudicem ferre, dicere, habere*" auf ein mittels Sponsion einzuleitendes Verfahren zu beziehn, obschon bei Plautus sich auch Spuren eines andern Verfahrens finden, an das in der Rudensstelle gedacht sein könnte:

Epid. V. 2, 32:
P. qua fiducia ausus primum quae empta est nudius tertius filiam meam dicere esse. E. lubuit; ea fiducia.
P. ain tu? lubuit? E. aio; uel da pignus "ni ea sit filia".

Poen. V. 4, 72:
da pignus "ni nunc perieres".

Ob die Pignorisdation zu Plautus Zeit[7]) in Rom noch in ernstem Gebrauch gewesen oder nicht, möchte aus diesen Zeugnissen kaum zu entscheiden sein; dagegen wird die nahe Verwandtschaft derselben mit dem Sponsionsverfahren evident.

---

[6]) Ihering Geist III. 116 f. dawider, dass diese Plautusstelle von einer prozesshindernden Sponsion verstanden werde. Die Unhaltbarkeit der einzelnen Argumente auf die Ih. sich stützt hebt treffend hervor Demelius (Kr. Vschr. VIII. 500 f.), so dass nur nicht recht erfindlich ist, warum er gleichwol die ältere Theorie als erschüttert betrachtet. Ausführlich über dieselbe Plautusstelle Sell de except. usu 33.

[7]) Vgl. noch Bacch. IV. 9, 132—3: *qui me esse dicat cruciatu malo dignum, ne cum illo pignus haut aussim dare.* — Cas. pr. 75—7: *id ni fit, mecum pignus si quis uolt dato in urnam mulsi, Poenus dum iudex siet.* — Persa II. 2, 4: *non edepol scis — da hercle pignus, ni omnia memini et scio.* — Truc. II. 2, 20: *pignus da, ni ligneae hae sint quas habes Victorias.* Vergil. eleg. III. 28—111; Ouid. ars amat. I. 167—8; Phaedr. IV. 20, 3—5.

"*pignus dare, sponsionem facere, iudicem capere, ni ....*" alle drei beruhen augenscheinlich auf demselben Grundgedanken, und man wird versucht je das eine den beiden andern möglichst nahezurücken. Zwischen dem "*pignus dare*" und dem "*sponsionem facere*" braucht der Unterschied nicht grösser gewesen zu sein als zwischen dem gesetzten Sakrament der älteren Zeit und dem versprochenen der späteren, und die Entscheidungsform "*secundum alterum litem dare*" (cf. *β*) passt zu dem einen gerade so gut wie zu dem

Bedenklicher ist

φ) Cic. diu. 55, 56:

Der Agonis sollen Sklaven zum Flottendienst fortgeführt werden, "*illa ut praefecto religionem Veneris nomenque obiceret, dixit et se et omnia sua Veneris esse. ubi hoc quaestori Caecilio nuntiatum est, uocari ad se Agonidem iubet. iudicium dat statim "si pareret eam se et sua Veneris esse dixisse". iudicant recuperatores id quod necesse erat, ... iste in possessionem bonorum mulieris mittit, ipsam Veneri in seruitutem adiudicat, deinde bona uendit, pecuniam redigit.*

Ist hier das *iudicium* ohne vorgängige Sponsion gegeben?

Nimmt man das aus juristischen Quellen allgemein Bekannte hinzu (Sponsionen bei der *a. in rem*, im Interdiktenprozess, bei der *a. de certa p. credita* und der *de p. constituta*, Kompromiss), so scheint das Material kein spärlich bemessenes zu sein, ausreichend um viele Fragen zu stellen, wenn auch nicht gleich zu beantworten.

I. Worüber konnte spondirt werden?

II. Welche sponsionsfähigen Sachen können auch ohne Sponsion vor den Richter gebracht werden?

III. Wann tritt Zwang ein zum *sponsionem facere?*

IV. Wie gestaltet sich der Prozess aus Sponsion?

V. Welche Wirkungen hat die Entscheidung:

a) direkte?

b) indirekte.

Zu I. Der Inhalt der Sponsionen ist überaus mannigfaltig: Rechtsfragen und Tatfragen; Vergangenes und Gegenwärtiges und Zukünftiges; nach objektiver Feststellung und nach subjektivem Dafürhalten ("*ni uir bonus*" oder "*uir melior sit*") zu Entscheidendes. Nur zwei Schranken werden einzuhalten sein. Die eine fliesst aus einer allgemeinen Rechtsregel: es darf in dem Abschluss der Sponsion über diese Frage

---

andern. Dennoch werden wir dem *pign. dare* gegenüber ein Gefühl der Unbehaglichkeit schwer überwinden, da dasselbe bei keiner Legisaktion sicher unterzubringen ist. Betreffs der Sponsionen dürfte zunächst an *l. a. per sacramentum* und *per condictionem* gedacht werden; nach Gai. IV. 20 könnte aber auch die *iudicis postulatio* geeignet gewesen sein Pfänder- wie Sponsions-Streite zum Austrag zu bringen. Danach müssten die Ausdrücke "*pignus dare*" "*sponsionem facere*" "*iudicem capere*" fast gleichbedeutend erscheinen.

kein Verstoss wider gute Sitte liegen. Die andere ist mit dem Wesen der Sponsion selber gegeben: die Frage muss eine einfache, d. h. mit Ja oder Nein zu lösende sein, beispielshalber könnte wol über das "Soviel?" aber nicht über das "Wieviel?" mit Sponsion gestritten werden. Schätzungen und was ihnen gleichkommt veranlassen ein der Sponsion direkt entgegenzusetzendes Verfahren vor dem *arbiter* (vgl. z. B. Cato de R. R. c. 144 § 5 und 6, c. 145 § 9: "*uiri boni arbitratu deducetur*" cf. Zschr. f. R. G. III. 424 u. 442). Nur eine Ausdehnung wäre möglich: bei der Sakramentswette *in rem* enthält jede Behauptung mehr als blosse Negation der gegnerischen Position, Sponsion und Restipulation könnten in einem ähnlichen Verhältnis zu einander gestanden haben. Es wäre nicht undenkbar dass Valerius und Lutatius gestritten hätten:

V. meo ductu classis Punica oppressa est —

L. immo meo —

und dass danach L. über das Eine spondirt hätte, und V. über das Andere. Doch scheint auch dies nicht vorgekommen zu sein: Gellius und Turius (ϑ) sollen nicht spondiren "*uter utro melior*" sondern "*ni uir melior G. quam T.*", was der Eine zu poniren der Andere zu negiren hatte. Die Frage hätte kaum Anspruch gehabt angeregt zu werden, wenn nicht doch eine wenngleich schwache Spur der doppelten Position sich fände:

Plaut. Poen. V. 4, 72:

da pignus ni nunc perieres in sauium, uter utri[8]) *det.*

Zu II. Daraus, dass zuweilen mit Sponsionen gestritten wird über Klagen die auch in anderer Gestalt vor den Richter zu bringen wären, darf keineswegs gefolgert werden, dass jeder vorkommende Sponsionsinhalt beliebig auch ohne diese Umhüllung der gerichtlichen Entscheidung hätte unterstellt werden können; vielmehr wird meist die Vermutung gerecht sein,

---

[8]) Eine Liebhabertändelei, die gänzlich ungesalzen wäre, wenn sie nicht eine Anspielung auf jedem Römischen Ohre bekannte Geschäftsformen enthalten hätte. Ist also die Stelle ernster Betrachtung wert, so zeigt sie

1) dass nicht blos über das *pignus* selber, sondern "*pignore in sauium*" wie mit dem Sakrament über die "*res qua de agitur*" gestritten wird

2) dass *pignus* gesetzt werden soll, analog dem Sakrament "*in rem*", über "*uter utri det*".

Der Beweiskraft schadet am meisten, dass über den innern Zusammenhang des "*pignore certare*" und des "*sponsionem facere*" nichts näheres bekannt ist.

dass eine Streitsponsion nur da eintritt, wo sie unentbehrlich ist um die betreffende Frage gerichtsmässig zu machen. So oft die Sponsion mit andern Rechtsmitteln konkurrirt muss ihre Benutzung auf besondere Gründe zurückgeführt werden, sei es dass damit ein weiterer Erfolg wie beispielsweise mit den Pönalsponsionen bei der *cond. certi* und der *a. de pecunia constituta* erreicht, oder dass Unbequemlichkeiten oder sonstige Nachteile des sponsionslosen Verfahrens, wie bei der *l. a. in rem*, vermieden werden sollen. Die Zahl der gerichtsfähigen Sachen ist eine eng begrenzte im alten Recht: es gibt zur Zeit nur soviele Legisaktionen und nicht mehre (das gilt sogut für die *species* wie für die *genera legis actionum*); und in jeder einzelnen Legisaktiou dürfen nur bestimmte Fragen (deren Menge der Gerichtsgebrauch zwar allmählich mehrt, doch ohne dabei die der Willkür der Parteien gesetzten festen Schranken zu beseitigen) zur Erörterung kommen. Bei diesem Verfahren dienen die Sponsionen zur Aushülfe, um das was im besondern Falle Berücksichtigung verdient, aber ausserhalb der Legisaktion liegt, dennoch vor das Gericht zu bringen. Die Berichte von der Abgeschlossenheit und Ungelenkigkeit der Legisaktionen und von der mannigfaltig eingreifenden Wirksamkeit der Sponsionen ergänzen sich aufs beste. Das spätere Recht, in der Zeit des Formularprozesses, ist leichter beweglich und Erweiterungen zugänglicher, aber es ist doch weitab davon, der alten Beschränktheit Schrankenlosigkeit zu substituiren. Der Prätor kann neue Aktionen ins Edikt aufnehmen und auch im einzelnen Falle eine nichtediktsässige Aktion erteilen, immerhin bleibt die Zahl der Aktionen eine begrenzte, und durch das prätorische Vermeinen von der Angemessenheit der Neubildungen abgeschlossene; desgleichen behält jede Aktion allezeit ein begrenztes Stoffgebiet, so dass nichts draussenliegendes in sie hineingezogen werden kann. Der Prätor hat so wenig über jede Frage, über welche die Parteien eine Entscheidung fordern mochten, Präjudizien gegeben, wie die Richter[9]) sich befugt hielten die mit der

[9]) Ueber die Präjudizien Ausführliches unter XIV.; einstweilen nur die Bezugnahme auf § 13 I. de act. 4, 6 und Theoph. ad h. l. die sorgfältig prüfen ob ein Präjudiz "*legitima causa*" habe oder aus der prätorischen Jurisdiktion stamme, ganz so wie dies bei andern Aktionen geprüft wird; wonach also Präjudizien ebenso begründet und gewurzelt gewesen sein müssen wie

erteilten Formel ihrer Tätigkeit gezogenen Schranken zu überschreiten. Doch erklärt die grössere Beweglichkeit und Dehnbarkeit der neueren Aktionen die allmähliche Zurückbildung des Sponsionengebrauchs ausreichend. In der Sponsion konnte Alles vor den Richter kommen, in den Formeln nicht Alles, aber alles Notwendige; "*an uir bonus*" "*uter melior*" waren Fragen über welche diese Zeit eine Entscheidung vom Richter nicht mehr erfordern mochte.

Bei Beantwortung der übrigen Fragen wird es zweckmässig erscheinen die bekannten Sponsionsfälle gruppenweis zu ordnen. Das dürfte nach dem Inhalt kaum durchzuführen sein, besser nach dem Kriterium des äussern Verhaltens zu den gerichtlichen Verhandlungen:

A. Sponsionen die im Verlauf eines Prozesses geschlossen werden,
   a) über die Hauptbedingung des Enderkenntnisses selber
      1) um dadurch das direkte Erkenntnis zu ersetzen,
      2) neben dem direkten Erkenntnis;
   b) über Vorbedingungen
      1) des Schlusserkenntnisses,
      2) von Zwischenbescheiden.

B. Sponsionen ausserhalb eines Prozesses,
   a) aber im Hinblick auf einen folgenden Prozess,
   b) ohne solchen Hinblick.

Die Verteilung unter diese Rubriken ist im ganzen leicht.

Sponsionen mit dem Zweck den ergehenden Entscheid an die Stelle eines Erkenntnisses treten zu lassen sind voll bezeugt nur für die *actiones in rem*, namentlich *rei uindicatio* und *hereditatis petitio*. Die Substitution des Sponsionsverfahrens "*de re*" in dieser Anwendung ist zu erklären nur aus Vorteilen die dasselbe gegenüber dem direkten Verfahren "*in rem*" wenigstens bei gewissen Sachlagen geboten; da diese Sponsionen auf dies Gebiet beschränkt geblieben, ist zu ver-

---

andere Aktionen. — Betreffs der Begrenzung des richterlichen Offiziums aber vergleiche man beliebige Digestentitel über gangbare Geschäftsaktionen: alle Juristen traktiren die Fragen, welche Ereignisse welche Ansprüche in den Bereich einer bestimmten Aktion gezogen werden dürfen, welche nicht. Die Aufnahme so vieler Stellen in die Justinianische Sammlung beweist, dass diese Schranken auch mit dem Formularprozess nicht in Wegfall gekommen sind.

muten dass dieselben Vorteile bei den Aktionen *in personam* und denen *in factum* sich nicht wiederholt[10]) haben. Als Eigentümlichkeit ist noch hervorzuheben, dass dies die einzigen Stipulationen sind, von denen wir wissen dass sie ihre direkte Wirksamkeit gänzlich verloren[11]) haben. Zur Eingehung der Stipulation konnte Beklagter gezwungen werden, wie überhaupt zur Uebernahme[12]) einer dinglichen Klage. Der Prozess aus der Sponsion wurde vor den Centumvirn in der Sakramentsform verhandelt, sonst[13]) in späterer Zeit *per formulam*. Die nächste praktische Wirkung des über die präjudizielle Sponsionsforderung ergehenden Spruchs wurde gesichert durch die "*sponsio*[14]) *pro praede litis et uindiciarum*"; über die weitere rechtsbildende Kraft, so wie über den Umfang der Konsumption bestehn Zweifel[15]). — Das Justinianische Recht kennt diese Prozessform für dingliche Sachen nicht mehr; wann sie aus der Uebung verschwunden, ist bisher nicht festgestellt.

Den eben betrachteten nahe stehn die Sponsionen im Interdiktenprozess[16]), doch ist der Unterschied kein unwesentlicher; die Interdiktensponsion hätte naturgemäss nicht zu einem blos präjudiziellen Prozessmedium gemacht werden können. Bei der *a. in rem* war die *sponsio* neben ein bereits

---

[10]) Dies spricht wider Stintzing, L. a. sacr. 70 f., dass die Höhe des Sakraments zur Einführung des Sponsionsverfahrens hingedrängt hätte; völlig entscheidend dawider wäre Huschkes Konjektur zu Gai. IV. 95 "*sacr. quingenario*". — Vgl. über diese Anwendung des Sponsionsverfahrens überhaupt, oben XI. S. 211 f.

[11]) Gai. IV. 94: *non tamen haec summa sponsionis exigitur, et c.*

[12]) Cic. in Verr. II. 1, 116: *ex edicto urbano: "si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet . . . ."*

[13]) Jede andere Auslegung der Worte Gai. IV. 95: "*ceterum si apud centumuiros agitur summam sponsionis non per formulam petimus sed per legis actionem sacramento . . . reo prouocato*", muss als gezwungen verworfen werden.

[14]) Ob dem Kläger daneben andere Durchführungsmittel zu Gebot gestanden, wird vor endgültiger Erledigung derselben Frage betreffs der *sacr. in rem a.* kaum zu entscheiden sein.

[15]) Vgl. unten den Schluss dieses Kapitels.

[16]) Als Grundlage der hier angenommenen Entwickelung vgl. π, ϱ, mit Gai. IV. 130—70; dazu Schmidt, Interdiktenverf. 235—70, desgl. unten Kap. XVIII.

fertiges Gerichtsverfahren getreten, um im Schutze bereits geschützter Rechte und Ansprüche zu konkurriren; dagegen bestand vor der Heranziehung der Sponsionen kein das *interdictum redditum* schützendes Gerichtsverfahren. Das *int. redditum* an sich gab wol dem einen Teil einen Anspruch und legte dem andern eine Pflicht auf, aber der Anspruch war durch kein Zwangsmittel gesichert und die Pflicht war keine obligatorische. Darum konnte die rein präjudizielle, das Dasein des Anspruchs nur feststellende Sponsion nicht genügen, vielmehr galt es zugleich eine zweite Aufgabe, durch Beschaffung der Möglichkeit einer Zwangsrealisirung zu erfüllen. Dass der Prätor den Interdiktenbeklagten zur Eingehung der Sponsion zu zwingen wusste, ist zweifellos. Für die Form des Verfahrens aus der Sponsion wird die Ueberlieferung betreffs des Sponsionenprozesses *in rem* als massgebend angenommen werden müssen, also anfänglich *sacramento* später *per formulam.* Der Interdiktenkläger der im Sponsionsstreit siegt erhält damit erstlich die gerichtliche Anerkennung des ihm aus dem *int. redditum* zuständigen Rechtes, zweitens eine exekutivische Forderung. Dass jenes Recht je ganz in diesen Anspruch aufgegangen, wird sich nicht behaupten lassen: mag es älter Zeit Sitte gewesen sein, dass die Unterlegenen die Sponsionssummen zahlten, wozu sie eventuell durch regelmässig gerichtlichen Zwang angehalten werden konnten, und überdies auch gemäss dem prätorischen Befehl restituirten exhibirten und sonst sich verhielten, wozu sie ebenso regelmässig gerichtlich nicht zu zwingen waren; wie weit dem Kläger Selbsthülfe erlaubt gewesen, muss dahingestellt bleiben. Die sinkende Achtung vor dem prätorischen Befehl bewirkte Einführung der Cascellianischen oder sekutorischen Judizien. Ein weiterer Schritt, dass diese mit dem Sponsionsverfahren zur *formula arbitraria* verschmolzen wurden. Hier kommt das pönale Element der Sponsion in Wegfall, das präjudizielle geht in den richterlichen Arbitratus "*restituas*" "*exhibeas*" über, das sekutorische und das Kondemnationsverfahren aus der *arbitraria* decken sich. Die Sponsion selber aber, so lange sie noch fortbesteht, behält die pönale und die präjudiziellle Bedeutung nebeneinander bei.

Wir wenden uns zu Aa, 2):

Der älteste bekannte Fall ist die "*sponsio tertiae partis*" aus

der *l. Silia*[17]). Da diese Sponsion erst an dem Termin "*ad iudicem capiundum*", dreissig Tage nach der Denuntiation fällig ist, so muss sie den von seiner Nichtschuld nicht ganz fest überzeugten und zugleich nicht völlig zahlungsunfähigen Beklagten drängen alles zu tun um die Leistung vor dem Termin zu ermöglichen; ebenso mahnt die drohende Restipulation den Kläger eine leichtsinnig in Angriff genommene Sache rechtzeitig noch wieder fallen zu lassen. Wie aber wurden nach geleisteter Sponsion und Restipulation diese Forderungen gerichtlich verfolgt[18])? Zweifellos nur, dass die Beurteilung derselben eben demselben Richter überwiesen wurde, dem

---

[17]) Sorgfältige Erörterungen der einschlägigen Fragen bei Wieding (Libellpr. 646 f.); für mich nicht durchgängig überzeugend. So bleibt mir ein Zweifel, ob die Sponsion im ersten Termin unter Bedingung der Nichtzahlung innerhalb dreissig Tagen, oder erst nach den dreissig Tagen unbedingt zu leisten gewesen. Dass auch bei der *cond. ex l. Calpurnia* die "*poena tertiae partis*" vorgekommen, scheint mir durch Gai. IV. 32, 33 nicht sowol bewiesen, als durch Gai. IV. 13, vgl. Cic. pro Q. Rosc. 10 u. 12, und besonders durch l. Rubria c. 21 im Gegensatz zu c. 22, widerlegt zu werden. Ebensowenig kann ich zugeben, dass aus Cicero und l. Rubria l. c., so wie aus l. Iulia munic. 41—45 das Fehlen der Restipulation im älteren Prozesse gefolgert werden dürfe; vielmehr halte ich hier an Wiedings eigenem Prinzipe fest, dass was für die spätere Zeit erwiesen ist, bis zum Gegenbeweise auch für die frühere angenommen werden müsse.

[18]) Sicherlich nicht mittels neuer *l. a. p. condictionem*, da wäre des Aufschubs und immer neuer Drittelszuschläge kein Ende gewesen. Ueberhaupt wol nicht mittels gesonderter Legisaktion, bei der wenigstens Aufschub unvermeidlich war. Mit der Annahme statuiren wir einen wesentlichen Unterschied dieser prozessualischen Sponsionen von allen übrigen: diese sind gerichtsfähig im eminenten Sinne, sie können, ohne das bei den andern erforderliche Ladungs- und Vorbereitungsverfahren, sofort und ohne Zutat der richterlichen Entscheidung unterstellt werden.

Für den Formularprozess mindern sich die Schwierigkeiten der Herstellung eines möglichen Bildes: es hätte nichts auffälliges wenn demselben Judex drei Formeln zugleich übergeben wären:

s. p. Nm. Ao. CCC. d o. [*ex mutuo*];
s. p. Nm. Ao. C. d. o. [*ex sponsu*];
s. p. Am. No. C. d. o. [*ex restipulatu*];

und die Absonderlichkeit der prozessualischen Sponsiou reduzirte sich darauf, dass über dieselbe alsbald nach dem Abschluss Lis habe kontestirt werden können.

Oder sollte vielleicht, bei der *l. a. p. cond.* wenigstens, im Anschluss an das Sakramentsverfahren über die Prinzipalforderung, direkt gar nicht, nur indirekt mittels der über die Sponsionsforderungen ergehenden Erkenntnisse entschieden sein?

gleichzeitig auch die Entscheidung betreffs der Prinzipalforderung oblag, und dass hiedurch jedem Auseinanderfallen der drei Sprüche ausreichend vorgebeugt war. Cicero (pro Q. Roscio 10, 12), die l. Rubria (c. 21) Gajus (IV. 13) bezeugen die Uebertragung dieser Sponsion in den Formularprozess bei der *a. de certa pecunia credita;* eine ähnliche *sponsio dimidiae partis* führt das Edikt bei der *a. de p. constituta* ein (Gai. IV. 171); doch scheint es dass im Formularprozess die Benutzung der Sponsion in das Belieben des Klägers gestellt wurde (Gai. IV. 171: "*sponsionem facere permittitur*").
Zu Zweifeln gibt noch die *l. Iulia municipalis*[19]) Anlass. In das spätere Recht sind diese Sponsionen und Pönalzuschläge nicht übernommen worden.

Den Uebergang zu Sponsionen über Vor- oder Nebenbedingungen der Erkenntnisse machen *τ, ο, φ*. Verginius spricht als Ankläger des Appius Claudius: er wolle alles andere fallen lassen, "*unius tantum criminis nisi iudicem dices . . . in uincla te duci iubebo*". Appius wünscht das "*iudicem dari*" hierüber offenbar ebensowenig wie das "*in uincla duci*". Da ihm das "*tribunos appellare*" nichts nützt, sagt er "*prouoco*". Vor dem Volk nun wiederholt Verginius das frühere:

> *sic se iterum ac saepius iudicem illi ferre "ni uindicias ab libertate in seruitutem dederit". si ad iudicem non eat, pro damnato in uincla duci iubere.*

Die Entscheidung bleibt einstweilen ausgesetzt, "*tribunus ei diem produxit*", Appius Claudius kommt einstweilen in den Kerker und nimmt sich daselbst das Leben. Fraglich bleibt hiernach, ob das Vorverfahren vor dem Judex mittels Sponsion einzuleiten gewesen, wogegen über die Zulässigkeit eines derartigen Vorverfahrens sowie über die bindende Kraft desselben in Beziehung auf die definitive Hauptentscheidung kein Zweifel bestehn kann. Unter den eben genannten ist diese Stelle insofern die wichtigste, als sie prozessualische Vorgänge

---

[19]) V. 43 s.: *is quamtae pecuniae adtributus erit, tamtam pecuniam et eius dimidium ei quoi adtributus erit dare debeto. inque eam rem is quo quomque de ea re aditum erit iudicem iudiciumue ita dato utei de pecunia credita iudicem iudiciumue dari oporteret.*
Wir haben hier einen Zuschlag der Hälfte der anscheinend nicht erst spondirt zu werden brauchte, trotzdem soll das Verfahren dasselbe sein wie bei der *pecunia credita*, wo der Zuschlag aus der Sponsion gefordert wird.

in Rom und unter Bürgern betrifft, während die andern beiden von dem Verfahren in der Provinz wider Provinzialen handeln; freilich ist dafür Livius der minder zuverlässige Berichterstatter. Auch im Falle des Caecilius (φ) wird nicht gesagt, dass das von ihm gegebene Judizium durch Sponsion vorbereitet sei; dagegen ist der Fall darum interessanter für uns, weil er in den Civilprozess schlägt. Auch ist zu bemerken, dass die Rekuperatoren bestellt werden, nicht über ein "*s. p. Agonidem et res Agonidis esse Veneris*", sondern über "*s. p. eam se et sua Veneris esse dixisse*", und hierauf der Quästor "*mulierem Veneri in seruitudinem adiudicat*", und demgemäss vorgeht in einer Weise die selbst Verres nicht zu billigen wagt. Die dritte Stelle *o*, hebt die "*sponsio* (2000 *nummum*)" ausdrücklich hervor, übrigens scheint das Verfahren fast noch willkürlicher als bei φ. Trotzdem und trotz des zeitlichen und des lokalen Auseinanderliegens ist eine Verwandtschaft unter den Vorgängen, auf welche die drei einander wechselweis ergänzenden Berichte sich beziehn, unverkennbar. Alle drei geben übereinstimmendes Zeugnis von der Neigung der Römer, gleichviel ob zu Haus oder in der Provinz, in Kriminal- oder in Civilsachen, entscheidende Punkte präjudiziell zur Entscheidung zu führen, und demnächst die Hauptentscheidung gleichsam als selbstverständliche Folge hiervon eintreten zu lassen. Damit übereinstimmend und namentlich *τ*, verwandt erscheint auch *σ*, doch ist der Zusammenhang zwischen der Hauptanklage und dem "*iudicem ferre*" kein ganz ebenso inniger; die Quästoren sind hier die Ankläger, wogegen "*multi priuati iudicem ferunt*". — Auch *β*, beweist analog den Geschmack an Präjudizien und an der Sponsionsform für diese. Hier steht eigentlich keine Rechtssache in Frage: zu einem Senatsdekret, den Triumf des Lutatius betreffend, fordert Valerius einen Zusatz, "*sibi quoque eum decerni*"; gleichwol scheint der Fall einer Rechtssache ähnlich behandelt zu sein, "*negauit id fieri oportere Lutatius*". Von Valerius, also dem klagenden Teil, geht die Aufforderung zur Sponsion aus, die über ein Faktum "*ni suo ductu Punica classis oppressa esset*" geschlossen wird, und über deren durchschlagende Kraft niemand ein Zweifel gekommen zu sein scheint.

Von hier ist es nur ein kleiner Schritt zu den Vertei-

digungssponsionen, denen im weiteren Sinne auch *o*, *φ*, *σ*, *τ*, zugerechnet werden können; denn siegt der Beklagte im Präjudizium, so ist sein Sieg auch in der Hauptsache gesichert. Im engeren Sinne aber sollen nur diejenigen dahin gerechnet werden, welche eine exceptionsmässige Verteidigung bezwecken. Zweifellos von dieser Art, aber wider ein Kriminalverfahren gerichtet, ist die in *δ*, dargestellte Verteidigung; dass Cornelius auf Sponsion provozirt ist ein weiteres Zeugnis für die Verwendung derselben zu diesen Zwecken, er dringt blos darum nicht durch, weil das Faktum, auf das er die Sponsion stellen möchte, exceptivischen Schutz zu gewähren nicht ausreicht. Aehnlich ist bei *α*, die Sponsion gesucht ein Strafverfahren "*apud aediles*" aufzuhalten; Klag- und Exceptionsgründe, desgleichen der Verlauf des Prozesses bleiben im Dunkeln, zumal die Korruption des Textes den Schleier noch dichter gewirkt hat. *ε*, betrifft ein Civilverfahren, auf Appellation wird das *collegium tribunorum* die Hindernisse der Rechtsverfolgung beseitigen, es sei denn dass der Beklagte zahle oder "*daret cum quo sponsio fieret*"; die Sachen werden schon in der Exekutionsinstanz sich befunden haben, und hiedurch das in eigner Person "*sponsionem facere*" ausgeschlossen gewesen sein. In *υ*, sehn wir wider eine Stipulationsklage eine *exceptio doli* (*in stipulando*) und eine *exceptio l. Plaetoria* eingeführt.

"*Nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum*" (Gai. IV. 108); natürlich, denn so lange man keine Schriftformeln hatte, konnten auch keine Zusatzklauseln dazu komponirt werden. Die Verteidigung war im Verhältnis zum spätern Zustand eingeengt, aber doch keineswegs auf blosse Negation beschränkt. Als Defensionsmomente konnten nur solche benutzt werden, die entweder den Judex bestimmten die Hauptspruchsbedingung zu verneinen, oder den prozessleitenden Magistrat ein Judizium nicht zu geben. Sollten vor dem Judex nicht blos die allgemein bekannten Vernichtungsgründe angeführt werden, so bedurfte die Verteidigung einer Vorbereitung schon bei Abschluss des Kontraktes aus dem die Aktion zu erheben war. Das beste Bild hiervon geben die Catonianischen [20]) Ge-

---

[20]) Der Beklagte kann sich auf Nebenverabredungen berufen, z. B. der "*locator oleae legendae*" auf das "*oleam ne stringito neue uerberato iniussu do-*

schäftsformulare. Vor dem Magistrat dagegen konnten einerseits alle prozessualischen Mängel [21]) des klägerischen Antrags, und andererseits all die sachlichen Besonderheiten zur Sprache gebracht werden, welche der Gewährung der Aktion entgegenstanden; beispielsweise Konsumption [22]), *praeiudicium ex l. Cicereia* [23]), *iusiurandum* [24]) *in iure*. Diese Aufzählung darf keineswegs als erschöpfend betrachtet werden; dawider, dass wenigstens bald nachher schon [25]) die *in integrum restitutio* sich auszubilden begonnen, noch entschiedener die Zeugnisse über den Gebrauch der Präjudizialsponsionen. Diese scheinen ihrem Inhalte nach nur zum einen Teil auf gesetzlicher Grundlage,

---

mini aut custodis" (c. 144, 2); aber diese Klausel allein würde doch ihm nur wenig helfen, es muss angegeben sein, welche Pön diese Kontraktsverletzung ahnden soll: "*si aduersus ea quis fecerit, quod ipse eo die legerit pro eo nemo soluet*". Doch auch das ist noch nicht genug, erst der Zusatz "*nec debebitur*" ermächtigt den betreffenden Judex den Abzug zu machen, indem er "*tanto minus deberi*" erkennt. Derselbe Modus die Minderung dem Richter mundgerecht zu machen, wiederholt sich wieder und wieder. Auch Gegenforderungen können in ähnlicher Weise zur Kompensation kommen, z. B. 144, 7: "*quanti conductum erit aut locatum erit deducetur, tanto minus debebitur*". Vgl. Zschr. für R. G. III. 438 f.

[21]) "*Quas actiones ne populus prout uellet institueret, certas sollemnesque esse uoluerunt*". Aus Gai. IV. 11 wird niemand mehr folgern dürfen, als dass kleine Abweichungen des traditionellen Formulars seitens der prozessleitenden Behörde auf die Gefahr der abweichenden Partei hin gestattet werden konnten. Ebenso ist es zweifellos, dass vor dem *praetor urbanus* keine Peregrinen und überall keine Sklaven als Prozesspartei zuzulassen, eventuell auf Antrag und Nachweis des Gegners *ex iure* zu entfernen waren. U. s. w.

[22]) Das verpönte "*actam rem agere*", vgl. z. B. Plaut. Pseud. I. 3, 39, Cist. IV. 2, 38, weist recht eigentlich auf die gesuchte zweite Litiskontestation über dieselbe Sache. Besonders deutlich ist Terent. Ph. II. 3, 56—59.

at tu, qui sapiens es, magistratus adi,
iudicium de ea causa alterum ut reddant tibi,
quandoquidem solus regnas et soli licet
hic de eadem causa bis iudicium apiscier.

Cf. Plaut. Rudens prol. 19, 20. — Ausführlicheres in Beilage H.

[23]) Gai. III. 123: "*liberantur*". Also wird man kaum leugnen dürfen dass diese Adpromissoren auch wol noch *in iudicio* auf das *praeiudicium* sich berufen konnten; dass aber der Magistrat gezwungen gewesen, auch da wo kein Zweifel über das *praeiudicium* bestanden das *iudicium* zu gewähren, möchte schwer zu erweisen sein.

[24]) Für das Vorkommen desselben zu Plautus Zeit Rud. prol. 14, Persa IV. 3, 9; auch das "*soluere ad praetorem*" cf. Curc. V. 3, 6 et 45 mag vom "*abiurare*" nicht weit abgewesen sein.

[25]) Terent. Phorm. II. 4, 10 s.

zum andern auf dem Befinden des Magistrats beruht zu haben, der über die Relevanz der aufgestellten Behauptungen allemal selber zu befinden hatte. Wird sie verneint, so gibt er die Klage ohne weiteres; wenn bejaht, so ist zu unterscheiden: besteht über die Wahrheit der angezogenen Tatsachen, wegen Zugeständnisses oder sonst beweisender Handgreiflichkeiten kein Zweifel, sofortige Denegation, anderes Falles Präjudizialsponsion, und nach deren Ausfall verweigertes oder gewährtes Judizium. Die Oeffentlichkeit und das Konsilium sind die beiden unter dem Einfluss der *prudentes* stehenden Regulatoren, welche jeden gröberen Misbrauch der Prozessleitungsgewalt ausschliessen.

Die obige Zusammenstellung weist nach, dass die Benutzung der Sponsionen im Civilprozess zwecks der Entscheidung exceptivischer Inzidentpunkte keineswegs vereinzelt dasteht. Auf der einen Seite die gleiche excipirende Verwendung im Strafverfahren, auf der andern der mannigfaltige Sponsionengebrauch zu andern civilprozessualischen Zwecken. Dennoch kann nicht behauptet werden, dass über alle Inzidentpunkte "*in iure*" und "*in iudicio*", die Magistrat und Judex sofort zu erledigen nicht vermocht hätten, stets ein präjudizielles Sponsionsverfahren [26]) einzuleiten gewesen sei. Für die überwiegende Ueblichkeit aber der Sponsionen bis in Ciceros Zeit hinein zeugt namentlich λ, und der ganze Fall des Quinctius, wo die Entscheidung der Frage, von welcher die Verbindlichkeit *c. iudicatum solui* zu leisten abhängt, in einen Sponsionenstreit verlegt wird. Ueber dieselbe Frage scheint später, zur Zeit von Antoninus und Verus [27]), mit einfachem (nicht sponsionsmässigem) Präjudizium entschieden zu sein.

---

[26]) Vgl. oben N. 7, auch Rud. III. 4, 7 s. (dazu Demelius Kr. Vschr. VIII. 501). Dass wo von *sponsio* und *pignus* kein Gebrauch zu machen, weil eine Schätzung in Frage steht, die Sachen direkt der richterlichen Kognition unterstellt worden seien, dafür könnte auf das "*praeiudicium: quanta dos sit*" Bezug genommen werden (s. aber auch unten Kap. XIV.). Sonst sind die Beweise für die Einschachtelung besonderer Schätzungsverfahren nur dürftig, der bei Cato de R. R. c. 144—46 dreimal genannte "*arbitratus boni uiri*" könnte vielleicht auch von einem Vorgehn des mit der Hauptsache betrauten Richters verstanden werden, zu welchem dieser keiner besondern Ermächtigungsformel bedurft hätte.

[27]) Vgl. fr. 30 de reb. auct. iud. 42, 5; dazu O. Bülow, De praei. form. 14, und unten Kap. XIV.

Vergleicht man die ganze Erzählung des Gellius, der ϑ, (cf. ζ,) entnommen ist, so könnte man auf den Gedanken kommen, dass noch zu seiner Zeit Sponsionen *in iudicio*, um dem Richter die Bildung einer massgebenden Ueberzeugung zu erleichtern, nicht unerhört gewesen, wenn man auch anstehen mochte, so heikle Fragen wie das "*quod uir bonus*" oder "*ni uir melior*" in die Sponsion zu bringen.

Ueberall wo Magistrat oder Judex im Verlauf eines Prozesses das "*sponsionem facere*" gebieten oder gut heissen, haben sie auch die Mittel in der Hand, die provozirte Partei zur Einlassung zu zwingen; selbstverständlich nicht direkt, aber darum nicht minder sicher, da die Folgen der Sponsionsweigerung nach Umständen über alle Nachteile des "*sponsione uinci*" hinaus gesteigert werden können. Das Verfahren scheint dabei ein beschleunigtes insofern gewesen zu sein, als von der *sponsio* unmittelbar zum "*iudicem capere*" und weiter zur Verhandlung vor dem Judex übergegangen wurde.

In beiden Beziehungen sind die vorher unter B a) und b) aufgeführten Sponsionen anderer Art: kein Zwang zur Eingehung, keine Besonderheiten des Verfahrens; aber auch ein dritter Unterschied wird anzunehmen sein. Alle in den Verlauf eines anderen Prozesses hineinverflochtenen Sponsionen binden die Entscheidung der Hauptsache, oder sind selber an diese gebunden. Die Sponsionen aber die für sich, wenn auch im Hinblick auf eine bestimmte Sache (vgl. ξ, σ,) geschlossen werden, sind für diese nicht unbedingt massgebend, sondern nur soweit überhaupt Vorerkenntnisse, "*praeiudicia*" in diesem Sinn, für die nachfolgenden Sachen Recht zu machen pflegen. Wir stossen hier auf die Frage V b, deren Beantwortung ebenso schwierig, wie die von V a, leicht ist.

Ueber beide Fragen ist das direkt nutzbare Material sehr beschränkt, und die zur Zeit vertretenen Ansichten gehen, wenigstens für V b, auseinander fast soweit wie möglich. Offenbar schlägt dies in die Rechtskraft der Gründe; eine befriedigende Antwort für den Spezialfall ist nicht zu geben, und die Generalfrage viel zu verhäkelt um im Vorübergehn sich erschöpfen zu lassen. Doch zwingt uns der hier zu behandelnde Stoff, dieser Frage gegenüber feste Position[28]) zu nehmen.

[28]) Hiezu Beilage M.

Meines Erachtens hat das Römische Recht die Rechtskraft der Gründe in dem Umfange wie sie neuerdings oft behauptet worden[29]) nie gekannt, stets fehlten ihm die Werkzeuge um den zweiten Richter zu zwingen, überall das Ergebnis des ersten Spruchs als feststehende Wahrheit dem eigenen Erkenntnis zu Grunde zu legen. Dagegen ist zweierlei anzuerkennen: einmal dass ohne besondere Ursache der zweite Richter nicht leicht darauf verfallen mochte vom Spruch des ersten abzugehn, so dass regelmässig die einmal gegebene Entscheidung auch für alle etwaigen späteren Prüfungen derselben Frage bestimmend wurde; sodann dass unter gewissen Voraussetzungen, die aber durchaus nur als Ausnahmen zu betrachten sind, der zweite Richter dem ersten zu folgen gezwungen werden konnte. Was aber insbesondere die rechtsbildende Kraft der Erkenntnisse in Sponsionssachen *in rem* anlangt, so wird diese der rechtsbildenden Kraft der auf andere *actiones in rem* ergehenden Erkenntnisse völlig gleichzustellen sein.

Die Begründung hängt mit der Anschauung des Konsumptionsverhältnisses innig zusammen. Die ältere Lehre unterscheidet betreffs der Konsumption nicht zwischen der Sponsionsklage und anderer *actio in rem*; dawider ist aufgestellt[30]), dass nur das persönliche Recht aus der Sponsion *in iudicium* deduzirt und konsumirt werde. Nicht zu leugnen, dass diese Meinung aus gewissen Quellenzeugnissen korrekt gefolgert ist; dennoch scheint sie völlig unhaltbar. Zunächst ist dem[31]) zu widersprechen, dass der Beklagte zum Abschluss der Sponsion nicht habe gezwungen werden können; die Stellen die dafür angezogen werden (ζ) handeln keineswegs von dieser Sponsion, und ganz wie es *cautiones uoluntariae* und *c. necessariae* gegeben, ebenso gab es auch Sponsionen zu deren Abschluss man gezwungen, und andere zu deren Abschluss man nicht gezwungen wurde. Dagegen scheint aus der Darstellung von Gajus (IV. 91 s.) und der von Cicero (in Verr. II. 1, 115—16) zu erhellen, dass das Sponsionsverfahren als ebenbürtiges gerichtliches Verfahren neben der direkten *a. in rem* gestanden, wobei namentlich die Stücke aus dem Verrinischen Edikt

---

29) Namentlich von Savigny Syst. VI. 350 f.
30) Stintzing, L. a. sacram. § 4.
31) Derselbe, ebenda 73, 74.

si de hereditate ambigitur . . . si possessor sponsionem non faciet . . .

schlagend erscheinen; allerdings ficht Cicero diesen Passus an, aber was ihm Anstoss gibt ist nur das "*si possessor*", nicht das "*sponsionem non faciet*", was letzteres nur Sinn hat, wenn man annimmt, dass danach die Straffolgen verweigerter Sponsion aufgeührt wurden. Ferner muss uns in der Zeit der klassischen Jurisprudenz, Cicero bis Gajus, ein echtes Rechtsmittel ohne konsumirende Wirkung geradezu undenkbar dünken, und doch wäre nach der gegnerischen Ansicht unser Sponsionsverfahren der Art gewesen, konsumirend für die persönliche Forderung *ex sponsu*, an der absolut nichts gelegen, die auch nur einzutreiben niemand sich die Mühe gibt, und nicht konsumirend für den Anspruch auf Sachherausgabe, den Kern des ganzen Verfahrens. Der Beklagte, der eben im Sponsionsstreite gesiegt hatte, hätte sofort mit einer neuen Sponsion oder auch mit einer direkten *a. in rem* überzogen werden können. Im Gegenteil meine ich, dass bei beiden, der Sponsionsklage und der direkten *a. in rem*, dieselbe *res qua de agitur* angenommen worden, und diese Auffassung scheint auch von Gajus deutlich genug bezeugt zu werden:

cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem.

Also "*per sponsionem in rem agitur*"; und die "*in rem actio*" dürfte doch in beiden Formen dasselbe Konsumptionsobjekt gehabt haben. Freilich ist damit zugegeben, dass diese Sponsion nicht mit allen andern Sponsionen durchweg auf eine Linie gestellt werden kann, was ähnlich auch betreffs der unter Aa) behandelten Sponsionen eingeräumt werden musste.

Schliesslich aber mag noch ausdrücklich bemerkt werden, dass bei dem völligen Mangel direkter Quellenzeugnisse, das Gefühl einiger Unsicherheit der berührten Punkte dennoch bleiben könnte. Oder sollten wir vielleicht berechtigt sein die beiden bisher unerklärten Stellen fr. 16 § 5 de pignor. 20, 1 und fr. 4 § 7 de exc. doli m. 44, 4 hieherzuziehn? Das "*per sententiam adiudicatum*" und das "*secundum actorem iudicatum*" müsste von Sponsionsprozessen verstanden, und diesen die Kraft abgesprochen werden, welche die direkte *a. in rem* besessen hätte, die Sache selbst in des Klägers Hände zu bringen. Darauf im einen Fall *hypothecaria a.*, und zwar diesmal direkt *in*

rem, im andern *r. uindicatio* ebenso; Ulpian Labeo gestatten anscheinend die *uind.*, nur nicht wenn daneben auch die *poena* verfolgt wird, Marcian stellt der *hypoth. a.* die *exc. r. iudicatae* entgegen, macht diese aber wieder durch eine Replik aus dem Inhalt des ersten Erkenntnisses unschädlich. Weil das Justinianische Recht keinen Sponsionsprozess mehr kennt sind die Stellen verstümmelt aufgenommen, die besser ganz daraus geblieben wären.

Nehmen wir alles zusammen was über die spätere Geschichte des Sponsionenverfahrens bekannt ist, so bekommen wir das Bild eines fortschreitenden Verfalls. Das Justinianische Recht hat keine Vindikation *per sponsionem* mehr; bei den accessorischen Drittel- und Hälftensponsionen der *a. de certa p. credita* und der *a. de p. constituta*, ist mit der Form der Inhalt geschwunden; auch aus dem Interdiktenprozess ist die Prozesssponsion, und mit ihr das pönale Element des Verfahrens ganz gewichen.

Etwas anders steht es mit den über Vorbedingungen des Haupterkenntnisses zu schliessenden Sponsionen. Von diesen sind freilich diejenigen die man Defensionalsponsionen nennen könnte zwar auch ausser Gebrauch gekommen, ihr Inhalt aber, die Defensionalbedingungen, ist im Gegenteil gewachsen, und in der Exceptionsform ein bleibendes Stück des neuesten Römischen, so wie des modernen Prozesses geworden. Diese Wandelung der Form verdient nähere Betrachtung.

Die Defensionalsponsion wird *in iure* geschlossen. Es ist anzunehmen[32]), dass dann regelmässig die Litiskontestation ausgesetzt blieb bis nach entschiedenem Sponsionsstreit. Siegt der Beklagte, so unterbleibt die Litiskontestation für dies Mal; einer Wiederholung der Sache aber träte nicht das "*bis de eadem re ne sit actio*" entgegen, denn dies Mal hat eine "*actio de ea re*" noch gar nicht stattgefunden, wol aber das ergangene Sponsionserkenntnis. Ein Vorteil für den Kläger ergibt sich hieraus nur dann, wenn der Inhalt dieses Erkenntnisses an vorübergehende Bedingungen geknüpft, m. a. W. wenn die

---

[32]) Undenkbar wäre freilich auch das Gegenteil nicht, doch unbezeugt; es sei denn dass man Quinct. inst. III. 10, 1: "*priuata quoque iudicia saepe unum iudicem habere multis et diuersis formulis solent*" auch hierauf deuten wollte.

Sponsion über eine *exceptio temporalis* geschlossen war. Es muss aber dahingestellt bleiben, ob Sponsionen derzeit schon über Temporaleinwände zugelassen wurden.

Später wird die Einrede ohne Sponsionsumhüllung an den Richter gewiesen. Möglich, dass dies auch jetzt noch vor der Litiskontestation geschehn konnte, gewis aber dass es nach völliger Entwickelung der Exceptionenpraxis regelmässig nicht geschehn ist. Erst mit der Litiskontestation werden gewöhnlich die Exceptionen der richterlichen Prüfung überwiesen, was die Konsumption der Hauptsache auch wenn der Spruch lediglich auf Prüfung der Exceptionen, selbst nur der temporalen beruhn sollte, als regelmässige Folge nach sich ziehn musste.

Wir wissen aber auch dass diese Regel Ausnahmen hatte. Die Exceptionen scheinen bei dem älteren[33]) Formularprozess überwiegend in die Formen der *praescriptio* gekleidet worden zu sein, und eine *praescriptio* konnte bei ihrer eigenen Verhandlung das "*agere de re*" und damit die Konsumption ausschliessen. Das ist bewiesen[34]), zweifelhaft nur ob die Prä-

33) Bei Cicero kommt freilich der Name "*exceptio*" häufiger vor als "*praescriptio*"; beide Wörter aber bezeichnen bei ihm auch keinen Gegensatz. "*exceptio*" weist hier auf das materielle Verhältnis, die Ausnahme von der Regel, wobei die Formfrage, ob vor ob hinter der *intentio*, ganz ausser Ansatz bleibt, so dass beispielsweise eine der Gajanischen "*praescriptiones pro actore*" ("*cuius pecuniae dies fuit*") ausdrücklich "*exceptio*" genannt wird (de oratore I. 168). Der Ausdruck "*praescriptio*" aber kann anfänglich nur im Hinblick auf die Form gebraucht sein, und noch Quinctilian benutzt "*praescriptio*" allgemein als Gegensatz der "*intentio*", inst. VII. 5, 2: "*aut intentio aut praescriptio habet controuersiam*".

34) Für die *praescriptiones pro actore* durch Gaius IV. 131 und Cicero de orat. I. 168, welcher letztere zugleich beweist, dass der äussere Unterschied zwischen beiden Arten der Präskriptionen nicht gross gewesen sein kann. Und der innere auch nicht: denn das "*ea res agatur de fundo mancipando*" schützt den Beklagten in diesem Prozess vor dem Weitergreifen der Kondemnation. Durch die *pr. pro actore* wird von dem, was nach dem Wortlaut der Intention der richterlichen Prüfung und der Konsumption unterliegen würde, ein Teil, unter Umständen das Ganze (beispielsweise wenn bei dem "*e. r. a. cuius rei dies fuit*" noch kein Teil der Forderung als fällig sich ergeben sollte) dem einen wie dem andern unbedingt entzogen. Bei der *praescriptio pro reo* ist die Entziehung eine bedingte, "*e. r. a. si in ea re . . .*" ist sie aber (Erfüllung der Bedingung vorausgesetzt) darum weniger Entziehung? welcher Unterschied ist denn zwischen "*ea res agatur cuius rei dies fuit*" und "*e. r. a. si eius rei d. f.*" oder "*ea res non agatur, si eius rei dies non*

skriptionen alle so wirkten oder nur einige. Später kommen die *praescriptiones pro reo* ganz aus der Uebung, d. h. was sonst vor die Intention der Formel trat, wird jetzt angehängt als negative Bedingung der Kondemnation hinter dieselbe gesetzt. Es liefe der geschichtlichen Entwickelung der Konsumptionstheorie entgegen, anzunehmen dass diese Formänderung die früher (in der Präskriptionsform) konsumptionshindernden Einwände der Möglichkeit beraubt hätte ohne Konsumption der Hauptsache verhandelt zu werden; wenngleich zugegeben werden mag dass ihre besondere, sie von den Konsumption zulassenden Exceptionen unterscheidende Gestaltung im späteren Formularprozess aus den Quellen, wie manches ähnliche, noch nicht genügend eruirt ist.

---

fuit"? — Darüber soll eventuell gar nicht agirt werden, also kann eventuell der Wiederholung der Sache auch die *exceptio* "*quod de ea re actum sit*" nicht entgegengesetzt werden.

In dem allen ist nichts neues: da aber von gegnerischer Seite neuerdings die Vermutung aufgestellt ist (Bülow, Processeinr. 105, 106) es dürfte die Kontroverse endgültig abgeschlossen sein, so war dawider zu betonen, dass die Kontroverse nicht eher abgeschlossen werden kann, bevor Alle anerkannt haben was quellenmässig feststeht, die Möglichkeit mittels einer *praescriptio pro reo* die Konsumption hinauszuschieben. Bei wie vielen *pr. p. r.* diese Möglichkeit zur Wirklichkeit geworden, wissen wir nicht, und wie viele der späteren Exceptionen früher in Präskriptionsform durchgeführt zu werden pflegten, ebensowenig.

XIV. KAPITEL.

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI. PRAEIUDICIA.

Dem Sponsionsprozess nah verwandt ist das Verfahren bei der *querela inofficiosi testamenti*. Wäre die Vermutung richtig, dass zur Kaiserzeit nur Inoffiziositätssachen vor den Centumvirn verhandelt wurden, so bewiese Gai. IV. 95 unmittelbar dass die Querel in der Sponsionsform durchzuführen war, und es bliebe nur zweifelhaft ob daneben noch eine andere Behandlungsmöglichkeit bestanden.

Wie dem auch sei, der Querelkläger behauptet ("*dicit*): *testamentum inofficiosum esse*", der Querelbeklagte leugnet dies, der Gerichtshof hat hierüber einfach mit Ja und Nein zu entscheiden. Ob der Uebergang zu dieser Entscheidung durch eine Präjudizialsponsion vermittelt wurde oder nicht, ist von blos formaler Bedeutung. Der auf Inoffiziosität lautende Spruch vernichtet das bis dahin gültige Testament.

Nach der jetzt herrschenden Meinung soll der Streit sich bewegen um das "*hereditatem*[1]) *meam — immo meam esse*";

[1]) Denn nur unter dieser Voraussetzung darf die Querel als "qualifizirte H. P." bezeichnet werden. G. Hartmann, Ueber d. Q. I. T., so kräftig er übrigens der herrschenden Theorie zu Leibe geht, tritt, wie schon Schlesinger (Kr. Vschr. VII. 474) richtig bemerkt, mit sich selber in Widerspruch, wenn er eine Intention "*hereditatem ex i. Q. m. e.*" (p. 7) und eine Pronuntiation "*inoff. esse testamentum*" annimmt; wenigstens wird die prozessualische Behandlung, die er dem statuirten Zusatz "*aio testamentum inofficiosum erga me esse*" zudenkt, nicht genügend klar. Ebensowenig kann ich Hartmann in dem was er über die Benutzung des "*color insaniae*" vorbringt zustimmen,

die Stellen die dafür angeführt zu werden pflegen[2]) beweisen dies keineswegs, im Gegenteil haben wir direkte Zeugnisse, dass nicht[3]) über das "*hereditatem petentis esse*", und dass

---

seine Deduktion scheint den Gegensatz der Rescission in diesem Falle und der Nichtigkeit im andern nicht genügend zu begründen. — Eine Andeutung des Richtigen bei Rudorff R. G. II. 257.

Vgl. auch Bachofen, l. Voconia 82 f., Klenze, de I. T. Q. natura.

[2]) Brinz Pand. II. 837 beruft sich auf

c. 34 de inoff. test. 3, 28 (Iustin.): "*nulla hereditatis petitione eo nomine de inofficioso constituta uel praeparata*". — Im Munde dieses Kaisers gibt der Ausdruck ein vages Bild, dem ebenso der Gedanke, dass man auch mittels einer *Q. I. T.* wol die *hereditas* sich verschaffen könne, wie der, dass *Q. I. T.* und *H. P.* im technischen Sinne zu Einem Verfahren verschmolzen werden, zu entsprechen vermögen.

fr. 19 de inoff. test. 5, 2, vgl. unten N. 3, und 6, auch 10, und 18.

fr. 20 eod. Es mag dahingestellt bleiben, ob das Unlogische "*nec actiones mouere debet, nec aliam ullam quam H. P. exercere*" von Scaevola, den Kompilatoren oder dem Abschreiber zu verantworten ist; sicher kam es dem Juristen nicht bei, zu dociren was wer überhaupt "*de inofficioso dicit*" zu tun habe, sondern er sieht speziell auf die Lage des "*impubes*", dem er die *Carbon. B. P.* abspricht. "*nec actiones mouere debet*" "*nec ali*", beides bezeichnet den Gegensatz zu eben dieser *Carb. B. P.* Was nun das zwischengeflickte "*nec al. u. q. H. P. exercere*" eigentlich soll, ist schwer zu sagen. Im Sinne der Gegner verstanden, ist es das Mittel die *Q. I. T.* herbeizuführen und beweist nichts wider uns.

fr. 5 § 2 de H. P. 5, 3, ist völlig indifferent, mag man immerhin die *Q. I. T.* ein "*iudicium de hereditatis petitione*" nennen, desto weniger Schwierigkeit macht uns die Erklärung der c. 34 cit.

Ueber die Ausdrücke "*hereditatem euinci, — uindicari, — restitui*" (fr. 16 § 1, fr. 19, 21 § 2 de inoff. test., vgl. N. 20, a. E.).

[3]) I. Die streitenden Theorieen über den Beginn der Verjährung, "*a morte testatoris*" oder "*ab adita hereditate* (c. 36 § 2 de inoff. t. 3, 28), passen ebensogut zu einer Klage über *test. inofficiosum*, wie schlecht zur wenn auch qualifizirten *uindicatio hereditatis*.

II. fr. 6 § 1 de inoff. test. 5, 2: *si quis . . . de inofficioso egerit . . . et casu obtinuerit, non ei proficit uictoria, sed his qui habent ab intestato successionem. nam intestatum patremfamilias facit.*

Völlig naturgemässe Folgen einer Sentenz "*test. inoff. esse*", mit dem "*her. actoris esse*" nur gezwungen zu vereinen. Aehnlich fr. 25 § 1 eod., würde nämlich hier das Testament "*in totum*" rescindirt, und wären also "*praecedentes*" nicht mehr "*exclusi*", so gäbe wieder die angebliche *H. P.* Dritten die Erbschaft.

III. fr. 19 eod. "*haec de inofficioso egit et optinuit*". Also die Sache ist fertig und abgetan, und wäre diese Entscheidung nicht auch wider die eingesetzte Tochter von Bedeutung, so würde die Frage "*scriptae filiae quomodo succurendum erit*" sinnlos. Nach allen Umschweifen aber lautet die Antwort hierauf: "*non recte totam hereditatem praeteritam uindicare*" und zwar wird diese Antwort wegen der erst anzustellenden *H. P.* darauf gestützt, dass

über [4]) das "*testamentum inofficiosum*" entschieden wurde. Die Formel muss diesen Ausdruck [5]) enthalten haben, aber die In-

---

"*rescisso testamento* (was ja durch die beendete Querel erreicht ist) *etiam institutae saluum ius sit adeundae hereditatis*". Ganz dasselbe Bild gibt unbefangener Auffassung fr. 20 pr. de B. P. C. T. 37, 4: ". . . *sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelae contra emancipatum mouendae*" also *H. P.* auf Grundlage einer voraufgegangenen *Q. I. T.*

IV. fr. 7 § 1 de H. P. 5, 3: *suscepturum se de inofficioso testamento iudicium et petiturum hereditatem* — "*suscipere iudicium*" heisst regelmässig den Prozess als Beklagter aufzunehmen, es muss dasselbe in dieser Stelle heissen, Licinianus kann nicht das Testament anfechten wollen "*quia libertatem et hereditatem ex testamento sibi defendebat*". Zu diesem "*iud. suscipere*" war er als Nichtbesitzer der Erbschaft nicht zu zwingen, während er als Besitzer zu zwingen gewesen wäre, der nichtbesitzende Intestaterbe hatte es alsdann in seiner Hand "*adigere de I. T. iudicium*" vgl. fr. 8 § 13 de inoff. t.: "*scriptus heres petet hereditatem, filius uero in modum contradictionis querelam inducet*". Gerade um dem zu entgehn, hat Licinianus bisher sich gehütet mit der *H. P.* anzugreifen.

V. c. 10 de inoff. test. (Valer. et Gall.): *contra maiores XXV annis duplicem actionem inferentes, primam quasi testamentum non sit iure perfectum, alteram quasi inofficiosum licet iure perfectum, praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest.*

Ist es denkbar dass zwei *H. P.* zugelassen sein sollten, (vgl. fr. 11 pr. de exc. r. iud. 44, 2)? — oder eine *H. P.* mit zwei Klauseln, und nachdem dies geschehen, die Frage nach der Verjährung einer der beiden bereits mitzugelassenen Klauseln erwachsen könnte? Ebenso entspricht zumeist unserer Auffassung fr. 3 § 12 de inoff. t.

VI. fr. 8 pr. de inoff. t.: . . . *inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituere non posse inuito eo*

das heisst ungezwungen: er kann das Rechtsmittel "*inuito filio*" überhaupt nicht nutzen; und nicht: er kann zwar "*hereditatem petere*", darf aber dabei den Inoffiziositätspunkt nicht berühren.

VII. Betreffs desjenigen der eine *B. P. necessaria cum re* hat verschwinden alle Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung, vgl. Schlesinger a. a. O. 475, sobald man die Querel lediglich auf "*testam. inoff. esse*" gestellt denkt.

[4]) Es wird nicht nötig sein aus der Masse der Stellen, in welchen die Ausdrücke "*de i. t. agere*", "*i. t. dicere*", "*accusatio inofficiosi*", "*ex causa de inoff. cognoscit iudex*", "*pronuntiat contra testamentum*", "*quaestio de i. t.*", "*contra testamentum ut inofficiosum iudicatur*", "*inofficiosum uel iniustum testamentum pronuntiatur*" wiederkehren einzelne aufzuführen; doch mag auf fr. 5 de inoff. t.: . . . *huius autem uerbi "de inofficioso" uis illa . . .* besonders verwiesen sein.

[5]) Aus fr. 3 und fr. 5 de inoff. t. ist zu folgern, dass die Formel eben nur auf "*t. inofficiosum*", nicht auf "*t. inoff. erga me esse*", wie Hartmann a. a. O. 7 N. 3 proponirt, gelautet habe.

terpretation hatte die Bedeutung desselben dergestalt eingeengt, dass jedesmal nur die bezügliche Inoffiziosität, die Lieblosigkeit wider diesen [6]) Kläger in Frage kam. Mit dem Beweisthema war der Kreis der Klagberechtigten im Prinzip gegeben.

Zu belangen mit der Querel sind einmal diejenigen, welche mit der *H. P.* zu belangen wären, also alle *pro herede* und *pro possessore possidentes* [7]), vorausgesetzt dass sie die von dem

---

[6]) Daher von mehren nebeneinander auftretenden Miterben jeder für sich siegt und unterliegt (fr. 16 pr. de inoff. t.; — cf. fr. 24 eod.), und *"si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querelam admissus pro parte rescindere testamentum tentet — testamentum pro parte ualet"* (fr. 25 § 1 eod.). Anders natürlich wenn wer von Haus aus nur partielles Recht hatte, durch Wegfall des andern Partialerben inzischen volles Recht erworben hätte; hier tritt Totalrescission ein (fr. 17 pr. fr. 23 § 2 eod.), analog dem Falle wann ein Vorgänger im Rechte ausgefallen ist (fr. 31 pr., fr. 14 pr.). Diesen Entscheidungen ist ferner konform fr. 19 eod., wo die Zweifel vornehmlich aus der abweichenden Beurteilung des Benehmens der *"filia quae ex testamento adiit"* hervorgehn: hätte diese in Wirklichkeit die *hereditas legitima* repudiirt, so wäre die *"filia praeterita"* berechtigt gewesen das ganze Testament zu infirmiren und die ganze Erbschaft an sich zu ziehn; da aber dies nicht geschehn ist, der Klägerin noch immer nur ihr Partialrecht zusteht, so wäre der regelrechte Erfolg: *"non in totum testamentum infirmari, sed pro parte intestatam effici matrem"*; vgl. noch fr. 23 pr. eod.; auch fr. 20 pr. de B. P. C. T. 37, 4.

Wie aber der Partialanspruch zur Partialrescission, ebenso führt der Totalanspruch, auch der an sich noch unbegründete falls er nur ein obsiegliches Urteil in der Inofficiositätssache erlangt, die Totalrescission herbei *"intestatum patremfamilias facit"*, worauf die näherberechtigten Intestaterben, obschon sie nicht querulirt haben, dem Querulanten bei Vindikation der Erbschaft vorgehn (fr. 6 § 1 eod.). Für einen solchen fernerberechtigten Intestaterben würde daher die Partialquerel insofern vorteilhafter sein, als bei der Partialrescission die Exheredationen bestehn bleiben (fr. 25 § 1), und also nur die präterirten Näherberechtigten in Frage kommen könnten. Im fr. 19 cit. scheint der Fall ähnlich zu liegen, die *"filia praeterita"*, der als Schwester nur Partialrescission zugestanden hätte, ist mit Totalrescission durchgedrungen, ein Misgriff aber kein gröberer als die fr. 6 § 1 und fr. 25 § 1 erwähnten, bei dem es jetzt nur noch darauf ankommt, die nachteiligen Folgen von der eingesetzten Tochter abzuwenden.

[7]) Bei den Erbschaftsbesitzern ist zu unterscheiden zwischen

α) denjenigen, welche aus dem Testament das als inoffiziös angegriffen wird ihr Recht herleiten, und

β) allen andern *pro herede* und *pro possessore possidentes.*

Gegen die ad α) genannten ist die Klage von vornherein *Q. I. T.*; wider die ad β) ist zunächst eine *H. P.* an der Stelle, unterstützt Beklagter seine Negation des klägerischen Erbrechts mit der Behauptung dass Kläger durch ein Testament ausgeschlossen sei, so erscheint die Gegenbehauptung der Inoffiziosität

Kläger behauptete Inoffiziosität bestreiten und die Querel als Beklagte übernehmen; zweitens alle die aus dem Testament ein Recht auf die Erbschaft[8]) herleiten, auch falls sie den Besitz nicht haben; drittens unter besonderer Voraussetzung auch[9]) Legatare, während übrigens Legatare und Freigelassene so wenig berechtigt wie verpflichtet sind auf die Querel sich einzulassen.

Das Erkenntnis auf den Inoffiziositätsstreit befindet nicht blos was ist, sondern auch was sein soll, es schafft Recht "*ius facit*". Doch ist dies ja auch sonst nichts unerhörtes; bei der Adjudikation schafft der Richter neues Recht, und genau besehn auch bei jeder Kondemnation, denn die Kondemnationsklausel ist die Anweisung,

> wenn Dir das so zu sein scheint, so schaff dem A. wider N. die exekutivische Forderung.

Das "Recht machen" besteht bei der Querel im Zerstören ("*rescindere*") des als inoffiziös (nicht als nichtig) erkannten

---

zunächst als Replik, und der Beklagte muss die Querel aufnehmen falls er die Bezugnahme auf das Testament aufrecht erhalten will. Ein Fall der Art wird im fr. 7 § 1 de H. P. 5, 3 beiläufig erörtert: "*si quidem possessor esset hereditatis Licinianus facilius audiendum, quoniam esset hereditatis nomine iudicium* [nämlich die *H. P.* gleichviel ob als *pro h.* oder *pro p. possidens*] *suscepturus, et erat in arbitrio eius qui se dominum esse dicit* [*sc. hereditatem ab intestato uindicat*] *adigere de inofficioso testamento iudicium*". — Eine entferntere Andeutung in c. 1 de inoff. t.; vgl. Brinz a. a. O. 341.

8) Dass bei diesen auf Besitz nichts ankommt, ergibt schon der Beginn der Verjährung; vgl. auch fr. 8 § 13 de inoff. test. und fr. 7 § 1 de H. P. 5, 3 und die *Q. I. T.* wider den Kläger mit *H. P.*

9) Fr. 29 pr. de inoff, t.: *si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum qui de inofficioso testamento agit, adesse etiam legatarios et uoluntatem defuncti tueri constitutum est; eisdemque permissum est etiam appellare si contra testamentum pronuntiatum fuerit.*

Es mag glaublich sein, dass auch den "*manumissi testamento*" die im Besitz der Freiheit waren dasselbe Recht zugestanden worden ist. Uebrigens waren diese "*manumissi*" trotz ihrer "*possessio libertatis*" nicht geeignet die Querel zu übernehmen, Licinianus im fr. 7 § 1 de H. P. "*libertatem et hereditatem ex testamento sibi defendebat*", und erklärt sich bereit zu beiden Klagen, die eine als Beklagter die andere als Kläger aufzunehmen "*suscepturum se de i. t. iudicium et petiturum hereditatem*". Dem entspricht, dass wo sonst wider den rechten Beklagten die Querel durchgeführt ist, Vermächtnisse und Freiheiten hinfällig werden, wogegen wenn der rechte Beklagte Einlassung weigert "*libertates competunt et legata petuntur*", ohne dass der Intestaterbe im Stande wäre die Berechtigten zur Aufnahme des Inoffiziositätsprozesses zu zwingen, fr. 17 § 1 de inoff. t.

Testaments, es unterscheidet sich also schon dem Inhalte nach von dem kondemnatorischen "Rechtmachen", noch mehr dadurch dass es ohne besondere Anweisung und ohne besondern Ausspruch des Judex mit dem Erkenntnis über das was ist ("*inofficiosum esse*") von selber[10]) (richtiger: nach dem Willen des objektiven Rechts = "*ipso iure*") eintritt.

Der Umfang der Wirkungen der "*damnatio testamenti*" richtet sich sowol nach dem Auftreten des Klägers wie nach der Stellung des Beklagten. Uebrigens wissen wir, dass die Praxis des Centumviralgerichtshofs erheblich geschwankt hat, und dass noch die letzten grossen Juristen, namentlich Ulpian Paulus Modestin, an der Durchführung fester Prinzipien arbeiteten, ohne mit der Bewältigung der Kontroversen zu Stande zu kommen. Tribonian und Genossen aber ermangelten der nötigen Geisteskraft das ausgedehnte bunte und widerspruchsvolle Material einheitlich zusammenzuzwängen. Nach alledem kaum überraschend, wenn uns nicht gelingen will aus der Trümmersammlung im Corpus Juris einfache Resultate mit Sicherheit zu entwickeln; doch scheint soviel gewis:

A. Die Frage, für wen die Damnation wirke, entscheidet sich nicht sowol nach dem Umfange des dem aufgetretenen Querelkläger wirklich zuständigen, als nach dem des von ihm behaupteten [11]) Rechts. Für die Portion die er mit Erfolg beansprucht hat, ist das Testament rescindirt; nicht blos der Querulant

---

[10]) Das ganze Verfahren wird gezeichnet als "*accusatio testamenti*" (cf. fr. 5 § 2, fr. 17 pr., fr. 22 pr. fr. 29 § 2, fr. 31 pr. fr. 32 pr. de inoff. t.), dem gemäss "*damnatur ultimum iudicium*" (fr. 19 eod.), das "*damnari*" macht Recht (fr. 17 eod. Paull. — pr.: ". . . *centumuiri* . . . *cum facerent intestatum*"; — § 1 ". . . *creditur ius ex sententia fieri*"), gleichwol kann dasselbe nur aus dem Spruche "*inoff. esse testamentum*" bestanden haben, denn "*si cognouerit iudex et pronuntiauerit contra testamentum, ipso iure rescissum est*" (fr. 8 § 16 eod.).

[11]) Hiemit ist zweierlei gesagt:

a) dass das Erkenntnis nicht weiter trägt als der Angriff, die Behauptung, wenn Kläger überhaupt nur als *heres pro parte* wider nur Einen von mehren Testamentserben auftritt, auch die Rescission nur *pro parte* stattfindet — "*non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur*" fr. 19, fr. 8 § 8 de inoff. test. — fr. 15 § 2, fr. 24 eod.

b) dass innerhalb des hiemit bestimmten Gebiets der Querelsieger nicht unbedingt zur Erbschaft gelangt, sondern nur falls er sich übrigens, unabhängig von dem Querelstreit als den allein berechtigten auf diese

selber, sondern alle, denen die betreffende Portion *ab intestato* gebührt, sind berechtigt auf Grund des ergangenen Erkenntnisses das Testament als vernichtet zu behandeln, und demgemäss das ihnen übrigens, nicht *ex hoc testamento*, zuständige Recht zu verfolgen.

B. Gegen wen wirkt die Damnation?

a) Allemal wider die Querelbeklagten selber; und zwar nur wider diese falls dieselben als Erbschaftsbesitzer die Gültigkeit des Testaments nur behauptet haben um das Recht des Klägers zu leugnen, ohne selber für sich ein Recht aus dem Testament herleiten zu können. Der Sieg führt hier nur zur Verwerfung der Einrede aus dem Testament, nicht zur Rescission des Testaments, und es tritt also die Querel[12]) mit wesentlich beschränkten Folgen ein.

b) In allen übrigen Fällen richtet sich der Umfang der Rescission nach den aus dem Testamente für den Beklagten abzuleitenden Rechte. Also erfolgt im Prozesse wider den testamentarischen Totalberechtigten gänzliche[13]) (vorausgesetzt dass aus dem Auftreten des Querulanten sich keine Beschränkung ergibt), im Prozesse wider den Partialberechtigten Vernichtung zu eben diesem[14]) Teile, d. h. wider Alle die entweder aus dem ganzen Testamente, oder gerade aus diesem Teil Rechte für sich herleiten wollten.

Die Querel scheint relativ spätes Ursprungs zu sein. Valerius Maximus berichtet ausser (VII. 7, 5) von einer "*egregia C. Calpurnii Pisonis praetoris urbani constitutio*", wo der Vater eines in Adoption gegebenen Sohnes "*exheredatum se querelam*

Portion erweist, während anderesfalls Gleichberechtigte mit ihm teilen und Besserberechtigte ihm vorgehn, fr. 6 § 1, fr. 19 eod.

Beides folgt mit Notwendigkeit daraus dass die Querel an sich nichts ist als ein Verfahren über die Gültigkeit des Testaments, in seiner Totalität oder in einzelnen Teilen, und entspricht zum besten der Anschauung die aus den in der vorigen Note zusammengestellten Fragmenten hervorsticht. Vgl. auch N. 6, und den Text unten bei N. 16.

[12]) Diese abgeschwächte Wirkung der Querel ist aus fr. 17 § 1 zu folgern; die Responsion und Klagübernahme seitens des zur Vertretung des Testaments Nichtberufenen kann wider das Testament nicht wirksamer sein als die Nichtresponsion des Berufenen.

[13]) Vgl. fr. 8 § 16, fr. 28 eod. — vgl. N. 6.

[14]) Vgl. fr. 15 § 2, fr. 24, 27 § 3, 25 § 1 eod., fr. 76 pr. de leg. II., c. 13 de inoff. test. 3, 28. — vgl. N. 6.

detulisset", und der Prätor "*bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est*"; auch (VII. 7, 3) von einer Entscheidung des Augustus: "*infantem a patre exheredatum . . . D. Augustus in bona paterna ire decreto suo iussit, patris patriae animo usus*". Damals[15]) also war ein regelmässiges Rechtsmittel zu demselben Zweck wol noch nicht in Gebrauch; gestützt aber auf derartige Vorgänge fühlte das Centumviralgericht sich veranlasst Ansprüche aus Testamenten, bei welchen das "*officium pietatis*" gröblich verletzt schien, zurückzuweisen. Gerechtfertigt wurde dies mit dem "*color insaniae*", der Annahme dass die Testatoren "*quasi non sanae mentis fuerunt, ut* [*cum?*] *testamentum ordinarent*" (fr. 2). Da man aber zugleich die Einrede nur als höchst persönliches Rechtsmittel dem Verletzten selber gewähren mochte, so hütete man sich diese "*quasi dementia*", wie man das bei der Prodigalität getan hatte, in ihren Folgen der wirklichen "*dementia*" gleichzustellen, d. h. als *dementia*[16]) zu fingiren. Nur auf Antrag des Verletzten wird die Inoffiziosität geprüft, und nur soweit es seinen Erbansprüchen im Wege steht das Testament beseitigt.

Prozessualisch gestaltete sich dies also. Vor den Centumvirn wird mit einer *legis a.* über die Erbschaft verhandelt; die Behauptung der Inoffiziosität, seitens des Beklagten wider den Petenten der sich auf das Testament stützt, oder seitens des Petenten selber dessen Intestatansprüchen das Testament im Wege steht, führt zunächst ein besonderes Inzidentverfahren vor den Centumvirn selber über diesen einen Punkt herbei. Man gewöhnte sich nun die Inoffiziositätsbehauptungen stets *in iure* vorzubringen, und das "*iudicium de inofficioso testamento*" der Einsetzung des Judiziums über die *H. P.* vorausgehn zu lassen.

---

[15]) Als Bestätigung der späten Entwickelung des Inoffiziositätsrechts mag auch in betracht kommen, dass der älteste Jurist, von dem wir ein Stück im Titel *de inoff. t.* finden, Gajus ist, und dass auf Ansichten der früheren Prudentes nirgends Bezug genommen wird, wol aber auf verschiedene Reskripte von Pius Hadrian Trajan (fr. 7 de H. P. 5, 3); im fr. 20 pr. de b. p. c. t. 37, 4, wird Iulian genannt, doch bleibt fraglich ob die die Querel betreffende Entscheidung von ihm herrührt.

[16]) Die Römer heben nachdrücklich hervor, dass wer wider das "*officium pietatis*" verstösst, nicht "*uere furiosus uel demens est*" (fr. 1, fr. 5 eod., pr. I. de inoff. t. 2, 18).

Erging der Spruch wider das Testament, so wurde die *H. P. ex testamento* verweigert, die *H. P. ab intestato* aber dergestalt erteilt, dass dawider *in iudicio* auf das für inoffiziös erklärte Testament nicht mehr Bezug genommen werden durfte; eine besondere Anweisung war hiebei für Richter, die eben selber das Testament verurteilt hatten, nicht erforderlich. Dadurch dass man nun dem Verletzten selber gestattete auf die Inoffiziosität zu provoziren, und dass man die Wirksamkeit des Spruchs bemass nach dem Umfang der von demselben angestrengten *H. P.*, also jenachdem bald auf das ganze Testament bald nur auf ein Stück erstreckte, wurde das neue Rechtsmittel in leidlichen Einklang gebracht mit dem allgemeinen Rechtsgefühl, das derartige Anfechtungen eines letzten Willens nur da[17]) verzeihen mochte, wo sie als Genugtuung persönlich erfahrener Kränkungen erscheinen konnten.

Ein weiterer Schritt, dass man dies Präjudizialverfahren, das anfänglich nur auf Veranlassung einer *hereditatis petitio* und im Zusammenhange mit derselben zu Stande kommen konnte, im Einverständnis mit den Beteiligten auch als selbständiges Rechtsmittel[18]) gestaltete. In ähnlicher Weise durfte,

[17]) Dass im Römischen Rechtsgefühl gleichsam zwei entgegengesetzte Strömungen aufeinander stossen, von denen die eine liebevolle Berücksichtigung der nächsten Verwandten, die andere Achtung vor dem letzten Willen des Verstorbenen fordert (vgl. auch Valerius Maximus de test. rescissis — de ratis test.), und dass gerade dieser Konflikt für die Entwickelung der Eigentümlichkeiten der Querel von massgebender Bedeutung gewesen, ist längst bemerkt. Seltener pflegt hervorgehoben zu werden, dass das "*ius facere*" (= *rescindere*, im Gegensatz zum erkennen schon vorhandener Nichtigkeit) und der blosse *color insaniae* (im Gegensatz zur Fiktion die wie beim Prodigus das ganze Testament und unabhängig vom Antrag des Verletzten nichtig gemacht hätte) aus der für die Aufrechthaltung der Testamente wirksamen Strömung abzuleiten sind.

[18]) Schon die Einführung der Verjährung gibt genügenden Beweis dafür, dass die Querel auch als selbständiges Rechtsmittel aufgetreten ist, während die noch zwischen Ulpian und Modestin bestehende Differenz über den Beginn der Verjährung dies Selbständigwerden als Produkt einer relativ späten Entwickelung bezeugt. Auch die von Modestin erwähnte "*praescriptio*" (fr. 12 pr. § 2) dürfte in das Stadium gehören, wo die Querel nicht mehr blos als Inzidentverfahren vorkam. — Zudem vergleiche man fr. 6 § 1, fr. 8 § 12, § 16, fr. 17 pr., fr. 19, fr. 25 § 11 de inoff. test.; fr. 7 de H. P.; c. 13, c. 14, c. 16, de inoff. t. 3, 28. Weit grösser noch ist die Anzahl der zweifelhaften Stellen, d. h. derjenigen bei denen nicht mit Sicherheit zu entnehmen ist, ob unter dem Ausdruck *Q. I. T.* zu verstehn ist ein Verfahren, das auf

auch über andere Angriffe [19]) auf ein Testament verhandelt werden. Daneben war die Fortdauer der Querel als Inzidentverfahren [20]) ungefährdet, und musste sie diesen Charakter vornehmlich da bewahren, wo der Beklagte auf dieselbe ungezwungen sich einzulassen wenig [21]) geneigt war. Doch scheint es, dass zwischen

---

die Entscheidung über die Inoffiziosität sich beschränkt, oder das die *H. P.* d. h. die Erlangung des Erbschaftsbesitzes miteinbegreift.

[19]) Fr. 8 § 12 de inoff. test.: *si quis et irritum dicat testamentum uel ruptum et inofficiosum, condicio ei deferri debet utrum prius mouere uolet.* fr. 5 § 1 de H. P. 5, 3: . . . . *daret satis de hereditate quae ab eo petitur, et sic falsum dicat. hoc ideo quia sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur.* — cf. fr. 5 § 2, fr. 6 eod. fr. 47 eod.: *Lucius Titius cum in falsi testamenti propinqui accusatione non optinuerit, quaero an de non iure facto nec signato testamento querela illi competere possit. respondit: non ideo repelli ab intentione non iure facti testamenti quod in falsi accusatione non optinuerit.* — cf. fr. 26 de inoff. test.: . . . *si inofficiosum uel iniustum testamentum pronuntietur.*

c. 14 de inoff. test. 3, 28: *eum qui inofficiosi querelam delatam non tenuit, a falsi accusatione submoueri non placuit* . . . . .

c. 16 eod.: . . . . *duplicem actionem inferentes, primam quasi testamentum non sit iure perfectum, alteram quasi inofficiosum licet iure perfectum* . . . .

Man wird hiernach nicht bestreiten, dass wegen eines "*t. inofficiosum, t. irritum, t. ruptum, t. falsum, t. non iure factum*" in gleichen prozessualischen Formen verfahren werden konnte.

[20]) Ich will ausdrücklich zugeben, sowol dass eine die Querel als Inzidentverfahren in sich aufnehmende *H. P.* unter Umständen als Verfahren "*de inofficioso test.*" bezeichnet (vgl. c. 3 de H. P. 3, 31: "*si quaestionis titulus prior inofficiosi testamenti causam habuisset* . . . ."), als auch dass das präjudizielle Verfahren *de inoff. test.* bei Gelegenheit als Verfahren "*de hereditatis petitione*", d. h. bei dem es sich um Erlangung der Erbschaft handle, aufgeführt werden konnte (cf. fr. 5 § 2 de H. P. 5, 3: "*eorum iudiciorum quae de hereditatis petitione sunt*"). Hieraus erklären sich die Ausdrücke "*uindicare, euincere, restituere hereditatem*" (als Zwecke und Erfolg der *Q. I. T.*; vgl. oben N. 2, a. E.).

[21]) Verschiedene Fälle sind zu unterscheiden:

a) die Parteien streiten ausschliesslich über die Inoffiziosität und sind beide entschlossen dem ergehenden Ausspruch sich zu fügen; *iudicium* blos *de inoff. test.*, das ausreicht falls der Sieger Besitzer, oder der Unterlieger dem früheren Vorsatz gemäss gehorcht, eventuell aber durch nachfolgende *H. P.* zu realisiren ist. Der Ausdruck "*euicta hereditate per I. Q.*" (fr. 21 § 1) ist ms. Es. von solcher rein präjudiziellen Querel zu verstehn, wenn auch zugegeben werden mag, dass *I. Q.* auch von einer mit Querel versetzten *H. P.* gesprochen sein könnte. Ebenso zweideutig ist das "*ideo uniuersam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est*" (fr. 16 § 1), nur das "*necesse esse*" steht fest, gleich-

beiden Benutzungsformen kaum ein wesentlicher Unterschied geblieben, und eventuell auch die Inzidentquerel dem Muster der selbständigen Schwester gefolgt[22]) ist. Auch für das Justinianische Recht wird das Nebeneinanderbestehn der selbständigen und der mit der *H. P.* verschmolzenen Querel[23]) zu behaupten sein.

Schliesslich mag noch auf die Aehnlichkeit hingewiesen werden die nach dieser Auffassung zwischen der *querela inofficiosi testamenti* (*inoff. dotis*, *inoff. donationis*) und ihrer Namensschwester der *q. non numeratae pecuniae*[24]) (*n. n. dotis*), besteht, und die beiläufig auch in der gleichen Dauer der

viel ob das Zwangsmittel eine *a. iudicati* oder eine auf die Querel zu stützende *H. P.* ist. Zweifelloser, dass das "*hereditatem uindicare*" (fr. 19) nicht sowol mittels, als auf Grund einer vorgängigen Querel zu denken ist.

b) Komplizirte Streitverhältnisse; allemal *H. P.* mit welcher die Querel nur als Inzidentverfahren zu verknüpfen ist.

c) Einfaches Streitverhältnis, aber wer die Gültigkeit des Testaments behauptet ist nicht geneigt die Querel als Beklagter zu übernehmen; ist derselbe Erbschaftsbesitzer, so kann er mittels der *H. P. ab intestato* zur Uebernahme gezwungen werden (cf. fr. 7 § 1 de H. P. 5, 3: "... *quoniam esset hereditatis nomine iudicium suscepturus*, *et erat in arbitrio eius qui se dominum dicit adigere de inofficiosi testamento iudicium*"); ist der Testamentserbe aber nicht Erbschaftsbesitzer, so findet ein Zwang zur Uebernahme der Querel wider ihn nicht statt, nur dass er der materiellen Vorteile aus der Erbschaft entbehrt und auch nicht hoffen kann die Querel seines Gegners durch Verjährung erlöschen zu sehn (fr. 7 § 1 cit.), dem Querelberechtigten aber konnte mit diesem Ausweichen des zu Beklagenden doch ein schlechter Dienst geleistet werden, indem ihm die Möglichkeit entging wider Legatare und Freigelassene ein durchschlagendes Präjudiz zu erstreiten.

[22]) Die Verjährung und die andern Präskriptionen, welche wider die selbständig präjudizielle Querel eingeführt worden, greifen ebenso beim Inzidentverfahren ein.

[23]) Die Schwierigkeit über die alte Gestalt der Querel ins Reine zu kommen wird dadurch nicht wenig erhöht, dass die inzwischen bewirkten Aenderungen des Prozessganges das Interesse an der eigentümlich prozessualischen Behandlung derselben zu Justinians Zeit wenn nicht vernichtet doch abgeschwächt haben. Darum sind die Ausdrücke in den neueren Stellen für die bezüglichen Fragen fast alle beweisuntüchtig, während auf die in manchen älteren ein Verdacht der kompilatorischen Ueberarbeitung fällt. Alles zusammengenommen fehlt aber doch der Anhalt, um sei es die selbständig präjudizielle, sei es die in die Durchführung der *H. P.* sich hinein verflechtende Wirksamkeit der Querel zu leugnen.

[24]) Vgl. hiezu Beilage N.

Verjährungsfristen zum Vorschein kommen möchte. Beides sind Rechtsmittel, durch welche die verbindliche Kraft einer Urkunde (mündliche Testamente waren schon zur ersten Kaiserzeit die Ausnahmen) innerhalb gesetzter Zeit vernichtet werden kann, beide können in doppelter Form als selbständiges Präjudizium oder als Inzidentsachen des Prozesses aus der Urkunde, verhandelt werden. Die hauptsächlichen Verschiedenheiten erklären sich, einmal aus dem ungleich reicheren Inhalt des Testaments, sodann daraus dass bei der *quer. n. n. p.* Aussteller und Anfechter dieselbe, bei der *quer. inoff.* getrennte Personen sind.

Praeiudicia kennen wir zumeist aus Gaius IV. 44, als Klagen die im Formularprozess ohne Kondemnationsklausel auftreten; sie erscheinen auch im Justinianischen Recht[26]) noch als besondere Spezies der Aktionen. Es liegt nahe sie mit den prozessualischen Sponsionen in Verbindung[26]) zu bringen, und gleichsam als Ausläufer von diesen zu betrachten; was früher in der Sponsionsumkleidung dem Richter vorzulegen gewesen, habe später der Zutat nicht mehr bedurft, ohne weiteres sei jetzt über die bedingende Frage selber ein *iudicium* bestellt worden. Dieser Entwickelungsgang ist in einem Falle[27]) wahrscheinlich; übrigens schliessen sich die Präjudizien hinsichts der Form nicht näher an die Sponsionen[28]) als an das Sakramentsverfahren, und wenigstens ein bezeugtes Präjudiz "*quanta dos sit*" widerstrebt der Zurückführung auf Sponsion und Sakrament gleichmässig.

Die Frage nach dem Wesen des Verfahrens erscheint mit

---

[25]) Vgl. namentlich § 13 I. de act. 4, 6; Theoph. ad h. l.

[26]) So sagt Bethmann-Hollweg C. Pr. II. 327: "Auch in der Zeit des Formularprozesses hat sich diese Form [sc. der Sponsion] erhalten, wurde aber allmählich durch eine andere einfachere [die Präjudizien] ersetzt".

[27]) Man vergleiche die Sponsion auf der die *oratio pro Quinctio* fusst mit fr. 30 de reb. auct. iud. 42, 5; dazu Keller C. Pr. N. 434.

[28]) Dass über die Freiheit je "*per sponsionem*" prozessirt worden, ist wenigstens unerwiesen, Rudens III. 4, 7 s. braucht keineswegs darauf ausgedeutet zu werden, wie schon Demelius Krit. Vschr. VIII. 501 wider Bethmann-Hollweg I. 66 bemerkt hat. Dagegen wissen wir, dass noch zu Ciceros Zeit (pro Caec. 97, de domo 78) Freiheitsprozesse im Sakramentsverfahren vor den Dezemvirn verhandelt wurden. Vgl. auch Bülow, de praei. form. N. 24.

der nach dem Anwendungsgebiet innig verflochten. Als quellenmässig bezeugt pflegen zu gelten die Präjudizien

A. bei Statussachen; im einzelnen

a) *in seruitutem petitio* und *proclamatio in libertatem*[29];

b) *s. p. hominem q. d. a. in possessione libertatis sine dolo malo fuisse*[30];

c) über Patronat und über[31] Ingenuität;

d) über Potestäts-[32] und andere Gewalts- (über Freie) Fragen;

---

[29]) Die Intentionen der beiden Arten der *liberalis causa* sind verschieden, demgemäss die Beweislast (fr. 7 § 5 de lib. c. 40, 12, cf. fr. 12 de except. 44, 1), während der angebliche Sklave als Kläger wie als Beklagter Besitz der Freiheit hat, (Liu. 45—8, 56, fr. 24 pr., fr. 25 § 2 de lib. c. 40, 12, c. 14 de lib. c. 7, 16), dennoch aber eines Assertors zur prozessualischen Vertretung bedarf. Die von Bethmann-Hollweg Civ. Pr. II. 335, proponirte Formulirung

s. p. L. Titium "seruum" Ai. esse

scheint nicht glücklich gewählt; das nachhinkende "*seruum*" ist hier gerade so überflüssig, wie etwa ein *s. p. fundum Cornelianum "rem" Ai. esse* wäre, und wird durch fr. 7 § 5 fr. 8 § 1 de lib. c. 40, 12 und fr. 14 de prob. 22, 3, keineswegs bewiesen. Wol aber sprechen diese Stellen wider das von Rudorff Edict. § 179 temptirte

s. p. hominem q. d. a. seruum esse;

denn dies gibt das "*si seruum* [*sc. Stichum*] *suum dicit*", vgl. auch fr. 24 pr. de lib. c.: "*qui se dominum esse dicit*" nicht genügend wieder. Vielmehr wird dem "*s. p. Pamphilum liberum esse*" wol ein "*s. p. Pamphilum Agerii esse*" gegenübergestanden haben.

[30]) Vgl. Rudorff R. G. II. 121, Edict. § 179. Das Präjudiz ist massgebend für die Konstruktion der Formel im Freiheitsprozess, fr. 7 § 5 de lib. c.: . . . . *cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum qui de libertate cogniturus est disceptatur, utrum ex libertate in seruitutem aut contra agatur. et si forte apparuerit . . . . . . quodsi pronuntiatum fuerit . . . in libertate eum non fuisse . . . .*

[31]) Auch hier wird mit verschiedenen Formeln gestritten "*s. p. Stichum libertum Ai. esse*" und "*s. p. Stm. ingenuum esse*", und kann die erste zur Anwendung kommen, gleichviel ob Beklagter ihr mit "*libertum se non esse*", oder mit "*libertum se esse, sed non Agerii*" fr. 6 si ingenuus 40, 14 entgegentritt. Die Regel, dass Formel und Beweislast zusammenhängen, gilt auch hier (fr. 14 de probat. 22, 3), doch nicht ohne beachtenswerte Ausnahme:

fr. 18 de probat. (Ulp.): *quoties operae quasi a liberto petuntur, probationes ab eo qui se patronum dicit exiguntur . . . . licet in praeiudicio possessor patronus esse uidetur . . . .*

cf. fr. 6 si ingen. 40, 14 (Ulp.).

[32]) Fr. 1 § 2 de R. V. 6, 1 (Ulp.): . . . *qui sunt in potestate . . . petuntur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria.* — fr. 8 de

e) über Verwandtschaft[33];

B. *an ex lege Cicereia*[34]) *praedictum sit;*

C. *an bona iure*[35]) *uenierint;*

D. *quanta dos*[36]) *sit;*

E. nach Paulus S. R. V. 9, 1[37])??

Nach dem vorgehend ausgeführten treten noch hinzu:

F. *querela inofficiosi testamenti;*

G. andere Anfechtungen[37]) eines Testaments;

H. *querela non numeratae pecuniae, non numeratae dotis.*

Die Menge ist nicht eben gross doch buntscheckig. Wer nach Prinzipien sucht, hat sich zunächst mit der Vorfrage ins Reine zu setzen, ob die Zahl der Präjudizien eine geschlossene gewesen oder[39]) nicht; mit andern Worten, ob das *praeiudicium* eine Form war in die nach dem Belieben der Parteien und des

---

probat. 22, 3 scheint von der *cognitio praet.* zu handeln, auch fr. 3 § 2 de iure i. 12, 2 (welche beide Rudorff R. G. II. 121 anführt) enthält keine ersichtliche Bezugnahme auf die Präjudizialform; dennoch möchte das "*s. p. Titium sui iuris esse*" oder "*in potestate Ni. non esse*" nicht unzulässig zu achten sein.

33) Fr. 1 § 16, fr. 3 § 2—5 de agn. et al. 25, 3. Dabei handelt es sich stets nur um die Eine Frage "ob jemand Kind dieses Vaters", die in den verschiedensten Schattirungen auftritt, "*an uxor*", "*an praegnas ex eo*", "*an susceptus ex filio*" und ähnliches, nirgends um entferntere Verwandtschaftsverhältnisse.

34) Gai. III. 123. So von Studemund sicher gelesen. Auch schon bei Rudorff Edict. §. 76: "*ex l. Cicereia*".

35) Fr. 30 de reb. auct. i. 42, 5.

36) Gai. IV. 44, näheres darüber fehlt. Bisweilen, z. B. von Bethmann-Hollweg Civ. Pr. II. 329, wird behauptet dies Präjudiz sei bei der Hingabe, nicht bei der Restitution der Dos zur Anwendung gekommen; was, eben des Mangels an Material wegen, schwer zu widerlegen, aber auch durch 69 § 4 de i. dot. 23, 3 und c. 3 de promiss. dot. 5, 11 nicht zu beweisen ist. Beide Stellen sagen wol dass im fraglichen Falle es zu einer Abschätzung der zu bestellenden Dos kommen sollte, schweigen aber über das Rechtsmittel mit welchem die Abschätzung vorzunehmen gewesen ("*competentibus actionibus usus ad repromissi emolumentum iure iudiciorum peruenis*"), und geben also auch nicht den mindesten Anhalt dafür, dass die *actio ex stipulatu* hier durch ein *praeiudicium* ersetzt oder ergänzt worden sei.

37) Erklärungsversuche: Bülow de praei. form. 15 s., Huschke Iurispr. Antei. ad h. l.

38) Vgl. d. oben N. 19, angeführten Stellen.

39) Bülow, De praei. form. 6, formulirt den Gegensatz anders: *de iis causis praeiudiciales formulas datas esse, quae omnino nullam condemnationem admitterent. quam rationem non ita instarem explicare, nisi nuperrime prorsus negata esset.* Windscheid (Actio, 16, s.)

Magistrats jeder Inhalt hineingetan werden konnte, oder ob ein solches generelles *praeiudicium* überhaupt nicht, sondern nur spezielle *praeiudicia* existirten, die wie die *actiones* wol durch den Willen des Magistrats noch vermehrt werden durften, übrigens aber nur in den bestimmten bereits rezipirten Formen und also auch nur für bestimmten Inhalt vorhanden waren.

Zwei Gruppen von Fällen werden besondere Beachtung verdienen. Einmal konnte es sein, dass bei der Verfolgung eines Anspruchs, die sonst mittels einer der gewöhnlichen Aktionen (*in rem, in personam, in factum*) zu geschehen hätte, die Parteien sich verständigten über Alles mit Ausnahme eines oder einiger Punkte, und dass auch Beklagter sich zahlungsbereit erklärte, sobald diese Zweifel gehoben wären: dürfen hier die Parteien, statt der gewöhnlichen *actio*, ein *praeiudicium* sich erbitten, nur über die zweifelhaften Punkte? Den übereinstimmenden Willen der Parteien vorausgesetzt, fragt sich ob der Magistrat berechtigt, und ob er verpflichtet gewesen, dem aus dieser Uebereinstimmung hervorgehenden Verlangen nachzukommen. Und zweitens, kann sein dass ein Anspruch im Augenblick noch von keiner Seite zu begründen, für eine gewöhnliche *actio* also auch noch keine Veranlassung wäre, gleichwol aber im Interesse aller oder doch eines der Beteiligten läge, eine richterliche Entscheidung schon jetzt herbeizuführen, über Fragen die bei späterer Gelegenheit massgebende Bedeutung erhalten möchten. Hier fragt sich erstlich, ob der übereinstimmende Wille der Beteiligten ein *praeiudicium* zu fordern berechtigt ist; sodann ob vielleicht auch ein Teil dasselbe erzwingen, und der andere wie bei andern Aktionen zur Klagübernahme genötigt werden kann.

---

enim praeiudiciales formulas credit esse quasi dimidias partes aliarum quarumlibet formularum, quae etsi condemnationem habere soleant, tamen si quis maluerit in solam intentionem concipi possint.

Hiebei scheint mir erstlich Windscheid misverstanden zu sein, der auch wol nicht behaupten wollte, dass heute *ex empto ex deposito ex stipulatu* u. s. w. mit Anhängung der Kondemnationsklausel geklagt worden sei, und morgen darohne; zweitens das "*omnino nullam condemnationem admittere*" kein genügend ausgedachter Begriff zu sein, um danach die Grenzscheidung der die Präjudizialform gestattenden und nicht gestattenden Sachen vorzunehmen. Was wäre z. B. wider folgende Formel zu sagen?

quanta dos esse uidebitur,
tantam pecuniam Nm. condemna.

Für beide Gruppen scheint die Entscheidung sich nicht ganz leicht zu ergeben. Betreffs der ersten ist die Anknüpfung an das Sponsionsverfahren vollberechtigt. Im älteren Prozess konnten die Parteien unter Benutzung dieses Mittels bei übereinstimmendem Willen die Entscheidung beliebig auf Einen Punkt stellen; im späteren Prozess scheinen die Sponsionen ausser Uebung gekommen zu sein, aber sollte damit die Möglichkeit der Abkürzung und Vereinfachung der Prozesse sich verloren haben? während doch die Präjudizien nicht blos als bequemeres sondern zugleich als geschickteres und auch bei Abschätzungen brauchbares Mittel zu demselben Zweck erscheinen mussten.

Auch passt der Name "*praeiudicium*" zu dieser Verwendung: wollen die Parteien, so lassen sie sich zunächst das "*praeiudicium*" geben; gefällt dem einen Teil die "*pronuntiatio*" nicht, so konnte derselbe immer noch auf das "*iudicium*", die regelmässige *actio* mit Kondemnationsklausel rekurriren, bei welchem aber der Richter an den Inhalt des ergangenen Präjudizialspruchs sich gebunden achten[40]) mochte.

So plausibel diese Annahmen aus inneren Gründen scheinen, quellenmässig zu belegen sind sie nicht, eher zu widerlegen. Vergeblich sucht man nach Spuren, die doch irgendwo geblieben sein müssten; einzelne Präjudizien, "*quanta dos sit*" "über die Ungültigkeit eines Testaments" wären damit wol verträglich, aber worauf am meisten ankommt, dass es in der Hand der Beteiligten gelegen das verkürzende Präjudizialverfahren an Stelle des ordentlichen Judizialverfahrens treten zu lassen, davon ist nichts bezeugt. Nirgends wird schlechthin gesagt, man könne "*praeiudicio experiri*", sondern stets hat der Redende irgend eine besondere[41]) Spezies im Auge, es wird hervorgehoben woher die einzelnen Präjudizien stammen[42]), und es

---

[40]) Ein äusseres Zwangsmittel den Richter an das Vorerkenntnis zu binden fehlt. Um dies gleichwol zu erreichen wäre das sicherste gewesen den Richter *in praeiudicio* zum Richter auch *in iudicio* zu bestellen. Derselbe würde dann auch die Zurücknahme des früher Zugestandenen nur beschränkt gestattet haben, wogegen der Berücksichtigung früher ausser Betracht gebliebener Punkte, z. B. dass ein Dritter für den Beklagten Zahlung geleistet, nichts im Wege gestanden hätte.

[41]) So sagt z. B. Paulus S. R. V. 9, 1: *huius autem praeiudicium a uperiore differt* . . . ."

[42]) Gai. III. 123: *lege Cicereia* . . . *permittitur sponsoribus et fidepro-*

scheint als ob die Zahl derselben überhaupt nicht gar so gross [43]) gewesen. Dazu muss bedacht werden, dass eine Reihe anderer Möglichkeiten bestanden das Gebiet der richterlichen Prüfung einzuengen; von diesen durch Interrogationen [44]), Präskriptionen [45]) oder sonst wie [46]) enger oder weiter eingegrenzten Judizien erhalten wir in unsern Quellen genügende Kunde, kaum glaublich dass die Unwissenheit über die Präjudizien dem Zufall zur Last gelegt werden könne.

Hieran knüpft sich noch eine Frage. Konnte der prozessleitende Magistrat, falls er in der eigenen Ueberbürdung oder andern Grund zu haben glaubte, eine Frage, die eigentlich er selber vor der Litiskontestation abzumachen gehabt hätte, mittels Präjudizes beliebig einem Richter überweisen? Wir wissen dass mit einigen Präjudizien die *praetoria cognitio* konkurrirt, ebenso dass manche Frage, die sonst *in iure* zu erledigen wäre durch passende Exceptionen zur Entscheidung *in iudicio* gebracht werden konnte. Dennoch wird auch dies nicht allgemein zu bejahen sein. Freilich wird im fr. 7 § 5 de lib. c. 40, 12 eine Frage (*"utrum ex libertate in seruitutem aut contra agatur"*, m. a. W. *"num qui de libertate sua litigat in libertate sine dolo malo fuerit"*), die gewis einstmals im prätorischen Prüfungsgebiet belegen gewesen, präjudiziell an den Richter gewiesen; es ist aber wohl zu beachten, dass dies der-

---

missoribus intra diem XXX praeiudicium postulare . . . . fr. 3 § 1 de agn. et al. 25, 3 (Ulp.): *aliud S. C. temporibus D. Hadriani factum est, ut etiam si constante matrimonio partus sit editus de agnoscendo eo agatur* [*sc. praeiudicio*]. § 13 I. de act. 4, 6: *ex quibus fere una illa habet legitimam causam habet, per quam quaeritur an aliquis liber sit, ceterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt.* Theoph. ad h. l.

43) Gai. IV. 44: *"intentio aliquando sola inuenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur aliquis libertus sit, uel quanta dos sit, et aliae complures"*. Das klingt anders als IV. 33: *"et aliae innumerabiles"*.

44) Die *interrogationes in iure* sind auch ein Präjudizialverfahren im w. S. Beiläufig mag bemerkt werden, dass wenn die *"praeiudicia"* im e. S. zu ähnlich ausgedehnter Anwendung gelangt wären wie die Interrogationen, nach dem Vorbild der *"interrogatoriae actiones"* auch Präjudizialformeln erfunden sein dürften, Formeln also die den Richter gezwungen hätten von dem durch ein *praeiudicium* festgestellten nicht abzuweichen.

45) Gai. IV. 130 s.; fr. 7 § 2 de H. P. 5, 3. Vgl. hiezu Dernburg H. P. § 3, auch § 4.

46) Cf. fr. 13 § 2 de iurei. 12, 2; fr. 11 § 2, fr. 14 § 2 de exc. r. iud. 44, 2.

selbe Richter ist, der auch in der Hauptsache (*"qui de libertate cogniturus est"*) entscheiden soll. Daher wird beispielsweise hieraus nicht geschlossen werden dürfen, dass wenn im fr. 5 § 1 eod. gesagt ist:

> *quodsi plures ex memoratis personis* [*A. B. C.*] *existant, qui uelint pro his litigare, praetoris partes interponendae sunt, ut eligat quem potissimum in hoc esse existimat;*

der Prätor diese Untersuchung auch dem Judex übertragen dürfe. Für den Streit zwischen *A. B. C.* hat er noch keinen Judex zur Hand, nur für den zwischen dem von einem von diesen zu vertretenden angeblichen Sklaven und dessen Vindikanten. Für die Verneinung aber spricht am entschiedensten das Verfahren bei der *in integrum restitutio.* Die Untersuchungen, die hier dem Prätor zufielen, konnten verwickelt und lang werden, dennoch haben wir keinen Hinweis, dass hier Präjudizien zur Anwendung gekommen wären. Im Gegenteil:

> fr. 24 § 5 de minor. 4, 4 (Paul.): *ex hoc edicto nulla propria actio uel cautio proficiscitur; totum enim hoc pendet ex praetoris cognitione.*

Es scheint also dass, wenigstens während der klassischen Periode, man zur Formelerteilung und Einsetzung eines Judiziums bei Präjudizien nicht leichter geschritten sei als bei andern Aktionen. Hier wie dort war der Prätor zunächst an sein Edikt gebunden, und nur unter denselben Voraussetzungen, die ihm sonst gestatteten eine neue nicht ediktsmässige *"a. in factum"* zu gewähren, konnte er auch ein neues nicht ediktmässiges *"praeiudicium"* zulassen. Mag sein, dass wo über die Einsetzung eines ediktmässigen *iudicium* schon *in iure* kein Zweifel mehr obwaltete, der Magistrat selten Bedenken getragen weitläufigere Untersuchungen aus seinem eigenen Gebiet dem Judex aufzuhalsen auch wenn dies nur mittels eines neuen *praeiudicium*, einer bisher unerhörten Formelkonstruktion möglich gewesen sein sollte. Mehr ist aus fr. 7 § 5 cit. sicherlich nicht zu entnehmen.

Ebenso werden schliesslich auch bei der zweiten Gruppe die gestellten Fragen zu verneinen sein. Dass Aeussere der älteren (Legis-) Aktionen darf nicht teuschen. Die persönliche Aktion stützt sich auf das *"dare facere . . . oportere"*, es muss also bereits eine Schuld begründet und noch nicht getilgt sein. Wollte der Berechtigte vorzeitig klagen, so wird er ab-

gewiesen und verliert den Anspruch; konnte er letzteres später durch ein "*e. r. a. cuius rei dies fuit*" abwenden, so hilft ihm doch die vorzeitige Aktionsanstellung auch zu nichts, er erreicht keine Anerkennung seines Rechts für die Zukunft. Desgleichen setzt die *a. in factum* die Anführung der einen gegenwärtigen Anspruch begründenden Tatsachen voraus. Bei den *actiones in rem* kann es dem ersten Blick anders scheinen, da die (Spruch- wie Schrift-) Formel auf das zu Grunde liegende Recht nicht auf die Verletzung desselben und auf den hieraus resultirenden Anspruch bezug nimmt. Der Schein verstärkt sich für die *legis a. in rem*, wo das Verfahren vorläufig mit der Anerkennung des zu Grunde liegenden Rechts abschliesst. Man könnte deshalb versucht sein, Verletzung und gegenwärtigen Anspruch in Beziehung auf diese Aktionsart irrelevant zu achten. Sie sind aber entbehrlich doch nur, wenn beide Parteien übereinkommen die *actio* darohne haben zu wollen. Die alte *actio in rem* ist ein echtes Anspruchsverfolgungsmittel, aber ein gegliedertes, dessen einzelne Glieder etwas loser zusammenhangen, und dessen Hauptglied die Bezugnahme auf den Anspruch äusserlich wenig hervortreten lässt. Im Einverständnis können daher beide Teile von diesem Hauptgliede Gebrauch machen um über das Dasein des dinglichen Rechts allein eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Aber die allgemeine und sicherlich alte Regel ist, dass "*nemo inuitus actionem in rem suscipere cogitur*"; auch wo Verletzung und Anspruch vorhanden sind macht sich der zu Beklagende durch Besitzaufgabe von der Verpflichtung zum "*iudicium suscipere*" frei. Der Nichtbesitzer, der das Recht nie verletzt hat, wider den kein Anspruch geht, kommt zum *iudicium* nur wenn er "*liti sese obtulit*". Also: wenn beide wollen, können sie über das dingliche Recht allein einen Prozess in Gang bringen, sie können dies aber auch über jedes andere Recht und über jede beliebige Tatfrage, indem sie dieselben in eine Sponsion einkleiden und aus dieser klagen. Wo diese Uebereinstimmung aber fehlt, kann eine Entscheidung über ein Recht oder Rechtsverhältnis allein, ohne Verbindung mit einem gegenwärtigen Anspruch, nur mittels eines *praeiudicium* herbeigeführt werden. Und die Zahl der Präjudizien war, wie wir gesehen, eine geschlossene, gerade so wie die aller andern Aktionen, es gab

keine Präjudizien "*quanta hereditas*", "*quantum peculium*" auch nicht "*an frater*" "*an consobrina*"[47]) und dergleichen. Ebenso ist es völlig unbeglaubigt dass die typischen Formeln der gemeinen Aktionen auf Ansuchen der Parteien auch ohne Kondemnationsklauseln gegeben wären; und bedenkt man die Konsumptionswirkungen die an die Benutzung solcher Formeln sich hätten knüpfen müssen, und die besondern Vorsichtsmassregeln die zur Fernhaltung derselben erforderlich gewesen sein würden, so mag uns sehr wenig wahrscheinlich dünken, dass das Alles bestanden hätte und Nichts davon zu unserer Kenntnis durchgedrungen wäre. Man wird also an keinen sehr umfänglichen Gebrauch der Präjudizialklagen[48]) im Römischen Rechte glauben dürfen.

Nach alledem kommen wir zu der Annahme, dass die Quellen eine annähernd vollständige Uebersicht der im Gebrauch gewesenen Präjudizien geben; damit steigert sich das Interesse in diese Uebersicht etwas von systematischer Ordnung zu bringen. Dem Stoff nach mögen drei Klassen unterschieden werden:

I. Zur Durchführung dinglicher Rechte an Menschen, Eigentum an Sklaven, väterliche Gewalt, Patronat, konfessorisch und negatorisch[49]), im Anschluss hieran, durch Senatsgesetzgebung entwickelt, über die verschiedenen Modalitäten der Paternitätsfrage; A a, c—e, der obigen Aufzählung.

II. Ueber Fragen von prozessualischer Bedeutung; der Art A b, und C, vermutlich E, vielleicht auch D.

III. Anfechtungen der Gültigkeit von Rechtsgeschäften und der über dieselben aufgenommenen Urkunden; B, F, G, H.

---

[47]) Man vergleiche namentlich wie in dem Digestentitel "*de agnoscendis et alendis liberis*" die Zulässigkeit der Präjudizien für den einzelnen Fall sorgfältigst erwogen wird; offenbar dass an allgemeine Präjudizien, zur Prüfung der verwandtschaftlichen Verhältnisse überhaupt, nie gedacht war.

[48]) Mit den vorstehenden Ausführungen zu verbinden ist XI. zu 19—21, 26, 27, über die präjudizielle Benutzung der "*actiones in rem*", und XIII. zu 9, über die Ersetzung der Sponsionen durch Präjudizien. — Beiläufig nur noch die Bemerkung dass selbstverständlich die Entscheidung über das was wir heut zu Tage brauchen nicht abhängig gemacht werden darf von dem was die Römer gehabt haben.

[49]) Die Präjudizien "*liberum esse*" "*ingenuum e.*" "*sui iuris e.*" haben zwar nicht das Aeussere, doch das Wesen von Negatorienklagen, indem sie das Dasein von Rechten, Dominium Patronat und Potestät leugnen.

Für alle drei Klassen gilt die allgemeine Römische Prozessregel, dass ein *iudicium* nicht anders als unter Mitwirkung des Beklagten zu Stande kommen kann. Betreffs des Zwangs aber zum *"iudicium suscipere"* scheinen sie nicht ebenso gleich zu stehn. Zweifellos bei der II. Klasse, dass der prozessleitende Magistrat[50]) die Mittel in Händen hat, jeden Widerstand zu brechen und die Parteien zur Einleitung und Uebernahme des *praeiudicium* zu zwingen. Anders bei I[51]): gleichviel ob die Sache konfessorisch oder negatorisch vorgetragen wird, der Beklagte ist niemals gezwungen auf eine Verhandlung vor dem Judex einzugehn, nur darf er, falls er dieselbe vermeiden wollte, nicht *"in iure"* der Intention des Klägers mit Widerspruch entgegen treten. Wieder anders gestaltet sich das Verfahren bei Klasse III[52]). Zu dem Präjudiz *"an praedictum sit"* geschieht die Injusvokation innerhalb der ersten dreissig Tage; da es sich darum handelt *"an palam*

---

50) Der Magistrat hatte diese Gewalt schon bei den prozessualischen Sponsionen, vgl. Cicero pro Quinctio 30, 32: *"Dolabella aut satisdare aut sponsionem iubet facere . . . conturbatus sane discedit Quinctius . . . . sponsionem facere maluit; fecit"*. Nachdem aber die Kaiser reskribirt hatten (fr. 30 de reb. auct. iud. 42, 5) *"praeiudicio experiri debere"*, darf die Anstellungsmöglichkeit des Präjudizes sicher nicht von dem guten Willen des Beklagten abhängig gedacht werden. Aehnlich lassen fr. 5 und fr. 7 § 5 de lib. c. 40, 12 am Durchgreifen der prätorischen Befugnis keinen Zweifel.

51) Der Beklagte steht hier wie bei allen dinglichen Aktionen: *"iudicium suscipere non cogitur"*; nur wenn er den Besitz behaupten will, unterwirft er sich der Prozessübernahme. Für den als Sklaven oder Haussohn in Anspruch Genommenen ergibt sich hieraus die Notwendigkeit einstweilen den Besitz des Prozessgegners anzuerkennen, er behält aber die Möglichkeit eines späteren Rechtsstreits (auch abgesehn von den besonderen Privilegien der Freiheit), nur dass ihm in diesem die Klägerrolle zufällt. Aehnlich bei den Präjudizien *"si liber"* *"si ingenuus"* *"si sui iuris"*; wer das *in iure* nicht bestreiten wollte, brauchte auf die *actio* sich nicht einzulassen, und behielt die Möglichkeit sein Recht später einmal selber klagbar zu verfolgen; d. h. da Konsumption nicht eingetreten ist, so stehen die Rechtsmittel ihm noch zu, ob aber der Judex alsdann geneigt sein mochte das früher verleugnete Recht anzuerkennen, ist freilich eine andere Frage.

52) *In iure* behauptet der Präjudizialkläger *"praedictum non esse"* nur die Behauptung des Beklagten *"praedictum esse"* führt zur Einsetzung des Judizium, Konfession und Schweigen befreien sofort. Schwieriger wenn der zu Beklagende innerhalb der dreissigtägigen Frist nicht *in ius* vocirt werden konnte: die Aushülfe muss in der arbiträren Gewalt des prozessleitenden Magistrats gelegen haben.

praedictum et declaratum sit", so wird die Sache schon *"in iure"* meist bald klar geworden sein; doch sagt Gajus

si iudicatum fuerit praedictum ita non esse, liberantur,

wonach die Konstituirung des Judiziums als Regel anzunehmen ist. Am nächsten steht diesem Präjudiz die *querela non numeratae*[53] *pecuniae*. Auch die *querela inofficiosi testamenti* erfordert ein *"suscipere"* seitens des Beklagten, das wo es nicht freiwillig geschieht nur mittels *hereditatis petitio*[54] zu erzwingen wäre.

Ebenso wie die Herbeiführung liegt die Ausführung der prozessualischen Präjudizien in der Hand des prozessleitenden Magistrats. Die negatorischen Präjudizien bedürfen keiner Exekution, gleichviel ob das Erkenntnis nach der Intention oder dawider ausfällt; bei dem *"an seruus meus"*[55] und dem *"an filius meus"* wäre die Exekution an sich nicht überflüssig, wol aber jede prozessualische Veranstaltung zur Ausführung derselben, Herr und Vater müssen selber das erforderliche tun um den ihrem Rechte entsprechenden faktischen Zustand herbeizuführen. Die Anerkennung des Patronats und der Paternität dagegen fordert wiederum keine exekutivische Unterstützung, die Bedeutung dieser Präjudizien liegt lediglich in der Norm die damit für die Entscheidung der später etwa erfolgenden Judizien gewonnen ist. Dasselbe gilt für die Präjudizien zwecks Anfechtung.

In ihrem Einfluss auf die Entscheidung späterer Rechtssachen unterscheiden sich übrigens die Präjudizien nicht wesentlich von anderen Judizien. Die entschiedene Frage ist für die Parteien entschieden; ausnahmsweise macht das Erkenntnis Recht auch für Dritte an diesem Prozesse nicht Beteiligte, doch nur unter solchen Bedingungen, wo auch ein gewöhnliches (nicht *"prae-) iudicium"* eben dahin führen könnte.

Alles zusammengenommen wird man mit vollem Recht behaupten, dass die *"praeiudicia"* unter die *"actiones"* gehören; nur dass sie der Verfolgung von Ansprüchen nicht unmittelbar dienen, oder genauer gesagt dass ihr nächster Zweck nicht

---

53) Vgl. Beilage N.

54) Vgl. oben S. 281.

55) S. oben N. 29.

ist Ansprüche exekutivisch zu machen, unterscheidet sie von der grossen Masse der andern Aktionen. Bedenklicher dass sie "*in rem esse uidentur*"; warum die "*an praedictum*" "*quanta dos sit*" "*an bona uenierint*" nicht ebensowol "*in personam*" oder "*in factum*" sein sollten, scheint schwer zu sagen. Doch ist dem die eigene Fraglichkeit offen einbekennenden Institutionensatze durch häufige Erwägungen vielleicht schon zuviel Ehre geschehn, da seine Bedeutungslosigkeit zu Tage liegt. Denn welche von den Eigentümlichkeiten der "*in rem actiones*" wäre damit an alle "*praeiudicia*" [56]) geknüpft? Wohl aber erklärt sich wie die Verfertiger des kaiserlichen Lehrbuchs zu dem Satze gelangt sind.

Zweifellos das älteste, schon dem Zwölftafelrecht angehörige Präjudiz ist "*an seruus actoris*"; anfangs von andern Vindikationen durch das Fehlen der Kondemnation nicht unterschieden. Prätorische Nachbildungen hievon das "*an filius*" und das "*an libertus*", bei denen nicht dass der Prätor jenem Beispiel gefolgt, sondern allein dass nicht schon das Civilrecht selber [57]) diese Weiterungen geschaffen, auffallen könnte. An diese lehnen sich dann wieder die Senatuskonsulte [58]) mit den Präjudizien über die verschiedenen Paternitätsfragen, gleichsam positive Umkehrungen (im Gegensatz zu zu dem negativen "*sui iuris esse*") des "*an filius*". Selbständig tritt all diesen gegenüber das "*an praedictum sit*"; leider ist über die Entstehungszeit näheres nicht bekannt, doch darf man vermuten dass die Jurisdiktionsgewalt des Prätors noch nicht soweit entwickelt [59]) gewesen, diese Einschränkung der

---

56) Von dem Zwang zum "*iudicium suscipere*" ist oben ausführlich gehandelt; das "*semper aduersus eum est qui rem possidet*" will auch nicht passen; des "*iuramentum in litem*" und des Vorzugs im Konkurse nicht erst zu gedenken.

57) Der einzige vermutliche Grund, dass man Rechtsmittel zum Schutz dieser Verhältnisse ähnlich wie bei der *res uxoria* früher zu brauchen nie Gelegenheit gehabt.

58) Beiläufig: warum mochten die Verfasser der Institutionen die Präjudizien aus den Senatskonsulten *de partu agnoscendo* nicht zu denen rechnen welche *causa legitima* haben?

59) Damit soll nicht gesagt sein dass der Prätor ausser Stande gewesen wäre die Reform selbständig in die Hand zu nehmen; das wäre auch damals schon möglich aber regelwidrig gewesen, und man hat den regelmässigen Weg vorgezogen.

Geltung von Bürgschaften selbständig durchzuführen. Damit sehn wir uns wieder in die Legisaktionenzeit zurückversetzt, und das Fehlen der Kondemnation entsprach also ebenso dem besondern Zweck dieses Rechtsmittels, als der demselben mit andern Klagen gemeinsamen Prozessform. Vermutlich war dies das erste echte "*praeiudicium*", das erste "*iudicium*" dessen Schwerpunkt in seinem Einfluss auf spätere "*iudicia*" lag. Ihm folgen andere ebenso wirkliche "*praeiudicia*", teils auf die prozessualische Gestaltung, teils auf die materielle Entscheidung nachfolgender Sachen gerichtet. Die Kondemnationsklausel wäre bei diesen eine völlig unbrauchbare Zutat gewesen. Aber auch *seruus filius libertus* waren nicht zu kondemniren, wenn auch aus anderem Grunde musste auch hier die Klausel fern gehalten werden; und da nun alle andern Aktionen kondemnatorisch wurden, so gab dies Veranlassung die nichtkondemnatorisch verbleibenden in Eine Gruppe zusammenzuwerfen. Die ganze Gruppe erhielt den Namen der zu dem Wesen des einen Teils derselben gut, und zu dem des andern nicht allzu schlecht passte; denn auch die hieher gehörigen Stücke wurden häufig als wirkliche "*praeiudicia*", andere Aktionen vorzubereiten benutzt. Und als später die theoretische Spielfrage auftauchte, wohin diese ganze, mehr oder weniger willkürlich komponirte Gruppe der Präjudizien zu stellen sei, zu den "*in rem*" oder zu den "*in personam actiones*", da war es gerade der in dieser Beziehung schärfer ausgeprägte Charakter der Stücke des zweiten Teils, der halbechten "*praeiudicia*", der den Ausschlag gab; die alten Vindikationen durften doch nicht für "*actiones in personam*" ausgegeben werden. Daher das harmlose Theorem.

BEILAGEN

A—N.

A. UEBER KONDEMNATION UND ABJUDIKATION BEI PLAUTUS, INSBESONDERE RUDENS V. I.

ZU KAP. IV. N. 4, S. 78.

Rud. V. 1, 1: *quis mest mortalis miserior, qui uiuat alter hodie,*
quem aput recuperatores modo damnauit Plesidippus?
abiudicata a me modost Palaestra.

Das "*damnauit . . . . abiudicata est*" erinnert einigermassen an Paull. Diac. ex Festo u. addicere: "*addicere damnare est*"; übrigens ist der Spruch offenbar durchschlagend, der sonst so zähe Leno denkt nicht daran weiteren Widerstand zu leisten. Unser Interesse knüpft sich vornehmlich an die Frage, ob mit diesem Abjudiziren eine *a. in rem*, Freiheitsprozess (so nach meiner Emptio Vend. 18) oder eine *a. in personam* (wie Demelius Zschr. f. R. G. II. 210 f. will), die dann aber doch keine *a. empti* sein würde (s. unten Beil. F.), gemeint ist. Hätte D. recht, so wäre dies das schönste Beispiel einer Kondemnation *in ipsam rem* bei persönlicher Klage, und wie es scheint einer direkt exekutivischen Kondemnation, wogegen nach meiner Auffassung wenig neues daraus zu lernen ist.

Richtig ist, dass die *in ius uocatio* III. 6, 22:

age ambula in ius — quid ego deliqui? — rogas?
quine arrabonem a me accepisti ob mulierem
et eam hinc auexti.

auf eine *a. in personam* weist. Dagegen ist nicht ausgemacht, dass der *in ius* vozirende Plesidippus um die Freiheit seiner

Geliebten nicht weiss; ja es ist dies Nichtwissen unwahrscheinlich, da der Sklave desselben Trachalio darum weiss, wie er dies völlig zweifellos schon II. 3, 63 ausspricht, und dann sehr nachdrücklich III. 2, 36 und zu Anfang von III. 4 wiederholt. Warum Plesidippus trotzdem die Freundin zu kaufen gesucht hat? vermutlich weil ihm die Beweisstücke für den Freiheitsprozess nicht zur Hand waren. Akt IV. dreht sich vornehmlich um die Auffindung dieser Stücke, während Plesidippus und der Leno beide nach der Injusvokation noch nicht wiedererschienen sind; erst in der letzten Scene IV. 8 erfährt Plesidippus vom Trachalio die Entdeckung der Verwandten Palaestras. Von dem Prozess wider den Leno ist hiebei keine Rede, es bleibt also im Dunkeln in welchem Stadium derselbe sich gerade befindet. Der Akt V. beginnt mit dem obigen Kondemnationsbekenntnis. Nun ist soviel klar, dass nachdem die Hörer drei Akte hindurch fortwährend unterhalten worden sind von der Freiheit der Palaestra, mitangesehn haben wie die Dokumente in die Hand der Berechtigten und die Tochter zum Vater zurückkehrt, und schliesslich auch vernommen haben wie dies alles dem Kläger Plesidippus mitgeteilt wird, dass danach eine Kondemnation des Labrax aus dem von ihm gebrochenen Kontrakte, vielleicht nur zur Zahlung einer Geldsumme, einen überaus frostigen Eindruck hätte machen müssen; das Gefühl der Zuhörer konnte nach alledem nur durch die Erklärung des Leno befriedigt werden, dass jedes Band zwischen ihm und dem Mädchen durch den Richterspruch völlig zerschnitten worden sei. Kann sein dass Plautus sich ausschliesslich von der Rücksicht auf die Wirkung bestimmen liess, als Dichter konnte er hier nur ein definitives "*abiudicatam esse*" brauchen, dass dieses "*abiudicari*" nur Folge einer dinglichen Klage sein konnte, und dass der Annahme einer solchen immerhin Bedenken im Wege standen, das kümmert ihn im Augenblick nicht. Unter diesen Bedenken scheint mir das grösste, dass Labrax erst nachdem er seine Kondemnation bejammert hat erfährt dass der Vidulus, der die Papiere enthielt, aufgefischt ist. Uebrigens verböte nichts die Verurteilung in den Zwischenraum von IV. 8 und V. 1, zu setzen; die frühere Injusvokation war für Plesidippus sicher kein Hindernis als *assertor* aufzutreten, auch Palaestra hätte Zeit gehabt *in iure* zu erscheinen, was bei ihrer *proclamatio in libertatem*

doch wol nicht zu umgehn gewesen sein dürfte. Ueberhaupt aber wird man mit der Chronologie des fraglichen Prozesses es nicht allzu genau nehmen, und damit sich trösten müssen, dass in demselben Stücke noch andere Kuriosa vorkommen: zwei Arbitria in denen nicht blos Sklaven als Prozessparteien auftreten, sondern beidemal der Herr eines der Prozessirenden als Arbiter fungirt. — Alles zusammengenommen wage ich nicht die erwähnte Abjudikation für das Resultat einer persönlichen Aktion auszugeben.

Uebrigens kommen Geldkondemnationen vor:

Most. V. 1, 50: . . . *aput iudicem hunc argenti condemnabo.*

Bacch. II. 3, 38: *damnatus, demum ui coactus, reddidit mille et ducentos Philippos;*

aber beidemal sind es Geldsachen von vornherein, und die zweite wird von Rekuperatoren in Cyrene entschieden. Ganz unbedeutend sind Menaechm. IV. 2, 27 s., Curc. V. 3, 24 s., Truc. IV. 6, 5, Rud. V. 3, 27; — Terent. Phorm. II. 3, 75.

B. WEITERE ZWEIFEL UEBER DAS ALTER DER GELDKONDEMNATIONEN.

ZU KAP. IV. N. 10, S. 82.

Dass Cicero häufig und zuweilen in so auffälliger Weise wie in Verr. II. 2, 31 die Bezugnahme auf die Kondemnationsklauseln unterlässt, könnte zu dem Gedanken führen, dass seiner Zeit eigentliches *condemnare* überhaupt noch nicht in dem regelmässigen Berufe des Richters gelegen habe. Der Spruch für den Kläger sei darauf hinausgelaufen, ein Recht oder eine Schuld (*dari fieri praestari restitui damnum decidi . . . . oportere*) als vorhanden, oder eine Tat als begangen zu erklären, ohne einen Leistungsbefehl an Beklagten, nunmehrigen Iudicatus im Gefolge zu haben. Damit vertrüge sich sehr wohl der Ausdruck "*litem dare*" (pro Q. Rosc. 3), und den Formeln "*si paret HS. ꟷↃↃ dari*" und "*quantum aequius melius id dari*" (ibid. 11, 12) konnte mit "*paret HS. ꟷↃↃ dari oportere*" und "*aequum et bonum uideri tantum dari*" die ent-

sprechende Antwort gegeben werden. — Bei einzelnen Sachen dürften daneben schon "eigentliche" Kondemnationen stattgefunden haben, vgl. insbesondere in Verr. II. 3, 55; auch die Formel

quod per uim et metum abstulisset (ibid. 152)

ist ohne Kondemnationsklausel schwer zu konstruiren.

Nichtssagend scheint die Anspielung de finib. II. 36; sehr schön dagegen aber leider für uns vom Wege abliegend:

de legib. I. 55, 56: *Q. quamnam igitur sententiam dicemus? M. requiri placere terminos quos Socrates pegerit, iisque parere;*

den unmittelbaren Anschluss dieser Anspielung an die technischen Formeln bezeugt die gleich darauf folgende Bemerkung des Quintus:

praeclare, frater, iam nunc a te uerba usurpantur ciuilia iuris et legis.

Für das höhere Alter der Kondemnationsklauseln und auch der Geldkondemnationen spricht einigermassen die prätorische Vermögensexekution. Freilich möchte ich die Entstehung dieser nicht wegen Livius, II. 24 und VI. 20, in uralte Zeiten zurückverlegen. Plautus berührt *manus iniectio* und *pignoris capio*, das *addici* der Person und des Vermögens (Poen. I. 1, 57), zeigt aber keine Spur der Bekanntschaft mit der *proscriptio* und *uenditio bonorum*. Nach Cicero aber ist diese für die seiner Zeit herrschende Exekutionsform zu halten. Gajus schreibt die Einführung einem Prätor Rutilius zu, zwar nicht ganz sicher, (IV. 35): "*qui et bonorum uenditionem introduxisse dicitur*", doch muss die *a. Rutiliana* schon vor Cicero bekannt gewesen sein, und die eigentümliche Deduktion dem *bonorum emptor* gegenüber (IV. 65—68) desgleichen. Diese Deduktion kann ohne Geldkondemnation kaum gedacht werden, doch wie diese von der älteren Litisästimation unterschieden gewesen, und welche Klagen neben der *a. Rutiliana* dasselbe Anhängsel gehabt, bleibt ganz im Ungewissen. Nach Gajus Schilderung ist der *a. Rutiliana* die besondere Kondemnationsklausel nicht abzusprechen, aber Gajus sieht wol nur auf seine Zeit und in der historischen Entwickelung hervorgetretene Veränderungen dürften hier am wenigsten unter die Unmöglichkeiten gerechnet werden können.

C. LITISAESTIMATION IN REPETUNDENPROZESSEN.

ZU KAP. IV.

Auch hier ist die Ueberlieferung eine sehr lückenhafte; wie viele Zweifel bleiben zeigt am besten die Vergleichung der neuesten Restitutionen des Repetundengesetzes von Mommsen und von Rudorff. Versuchen wir uns auf das direkt beglaubigte zu beschränken. Mehrfach wird in derselben Reihenfolge aufgeführt

praetoris quaestio esto; ioudicium ioudicatio leitisque aestimatio quei quomque ioudicium ex h. l. erunt eorum h. l. esto (III. IV. VI.);

die Einzelheiten folgen später. Und zwar LIII—LVI das Erkenntnis, Absolution oder Kondemnation. Aus LVII sind nachfolgende Stücke zweifellos:

quei ex h. l. condemnatus erit, quaestori praedes facito det de consili maioris partis sententia, quanti eis censuer[*int*].

. . . . *praedes datei non erunt, bona eius facito puplice possideantur conq*[*uaerantur*] . . . . .

dann aus LVIII

de leitibus aestumandis [*quei ex*] *hace lege condemnatus erit, ab eo quod quisque petet quoius ex hace lege peti*[*tio*] . . . .;

und im ersichtlichen Zusammenhang damit aus LIX

eas res omnis simpli, ceteras res omnis . . . . *dupli, idque ad qua*[*estorem*] . . . .

Bis hierhin wird der Gang des Verfahrens kaum fraglich erscheinen. Die Richter sprechen einfach "*condemno*"; der Prätor resumirt den Ausspruch der Majorität "*fecisse uideri*". Der also Kondemnirte muss Präden stellen; unterlässt er dies, so erfolgt sofort *bonorum possessio, uenditio.* Der nächste Schritt führt zur Litisaestimation, nicht blos im Fall des Eintretens von Präden, sondern auch neben der *bonorum uenditio.* Solche Güterbeschlagnahme, die ähnlich auch auf der Bantinischen Tafel Z. 11 gedroht ist, kann selbst wo der Verkauf schon begonnen hat wieder rückgängig gemacht werden (in Verr. II. 2, 93), falls der Verurteilte zahlt was er schuldig

ist; damit er dies könne muss die Schuld festgestellt sein, was erst durch die Aestimation geschieht. Zudem erzählt Cicero pro Rab. Post. 8:

sunt lites aestimati A. Gabinio nec praedes dati nec ex eius bonis quanta summa litium fuisset a populo recepta est.

Ueberhaupt darf man die Bedeutung der Litisaestimation bei den Prozessen nicht gering achten; sie bewirkt nicht blos die Umsetzung anderer Werte in Geldsummen, sondern gibt häufig auch dem bisher nur als Form bestehenden Kondemnationsausspruch erst seinen Inhalt. Durch die Litisaestimation kann, wenn sie auf sehr niedrigen Betrag geht, der Verurteilung die Bedeutung genommen werden, wie dies bei der Verurteilung des C. Cato (in Verr. II. 3, 184; 4, 22) der Fall gewesen zu sein scheint. Erst bei der Aestimation wird entschieden wegen welcher einzelnen Tatsachen der Kondemnirte haftbar ist:

in Verr. I. 38: . . . . *P. Septimio senatore damnato de pecuniis repetundis, lis aestimata sit eo nomine quod ille ob rem iudicandam pecuniam accepisset.* — cf. 39. — pro A. Cluent. 115.

in Verr. II. 1, 95: . . . *his nominibus, quae res per hunc gestae sunt cum iste ciuitatibus frumentum . . . imperaret . . . sumeret . . . pecuniam exigeret, his nominibus solis Cn. Dolabellae HS. ad triciens litem esse aestimatam.* — cf. 96.

Zuweilen werden durch die Litisaestimation bisher Unbeteiligte in den Prozess und in die Verurteilung mithineingezogen, gegen die dann seit der *l. Seruilia* ein besonderes Nachverfahren "*quo ea pecunia peruenerit, quasi quaedam appendicula causae iudicatae atque damnatae*" stattfand:

pro Rab. Post. 8—12, 30—32, 36—37.

cf. pro Cluent. 116, ad fam. VIII. 8 § 2.

Man möchte fragen, ob durch die Litisaestimation, die jede Spezialfrage zu Gunsten des Kondemnirten erledigte, auch die Kondemnation ganz wiederaufgehoben werden konnte? Dem wäre dadurch vorzubeugen gewesen, dass dieselben Richter die kondemnirt hatten zur Aestimation berufen würden (pro Cluent. 116), wie denn auch das *iudicium* "*quo ea pecunia peruenerit*" vor dieselben Richter kommen konnte (pro

Rab. 36). Doch meldet Cicero auch, dass dieselben Richter bei den verschiedenen Verhandlungen sich nicht stets selber getreu geblieben (pro Cluent. 116).

Auf die Litisaestimation im gewöhnlichen Repetundenprozess soll Zahlung seitens des Damnirten folgen, und zwar hat er an das Römische Volk zu zahlen, ebenso wie dies auch den Erlös aus der *bonorum uenditio* an sich nimmt:

nec quanta summa litium fuisset a populo recepta est (pro Rab. 8, 37).

Auf diese Zahlung scheinen sich LX und LXI unserer Erztafel zu beziehn, namentlich die Worte

hace lege in aerario posita erit ob eam rem, quod eo nomine lis aestumata erit, in triduo proxsumo quo ita satis [factum erit] ex hace lege soluatur.

Folgen dann LXII—LXVI "*de tributo indicendo*", "*de tributo seruando*", "*de tributo proscribendo*" Vorschriften über die Verteilung des eingenommenen Geldes unter die Berechtigten. Wer seinen Teil binnen fünf Jahren nicht erhebt, verliert ihn an den *populus:*

. . . *post quinquennium populei fiet. quae pecunia ex hace lege in aerarium posita erit, quod in anneis quin[que]* . . . .

Wird von dem Verurteilten nichts oder nicht genug gezahlt, so werden die Präden angegriffen (LXVII). — Mommsen nimmt an (zu LXVII) dass wenn der Verurteilte die Präden gestellt habe, nicht diese noch jener mehr den Repetundengläubigern verhaftet gewesen, sondern an ihre Stelle als Schuldner getreten sei das Römische Volk. Ich sehe nur den einen Grund für diese Vermutung, dass eben Präden gestellt werden; die "*summa a populo recepta*" zeigt nicht notwendig an, dass das Geld zu eignem Recht vom Volk eingenommen wird. Es ist an sich nicht gar wahrscheinlich, dass der *populus Romanus* auf eigne Gefahr die Vermittelung der Ausgleichung zwischen Bedrücker und Bedrückten übernommen, und endlich scheint das erwähnte

post quinquennium populi fiet

direkt gegen M. zu sprechen. Nach seiner Ansicht müsste dies Geld vor der Einzahlung schon des Volkes sein, und könnten nur persönliche Ansprüche Dritter hierauf innerhalb des Quinquennium verjähren.

Es wird nicht besonders schwer sein, von dem Bilde das wir hier erhalten für das ältere Repetundenverfahren, den Sakramentsprozess nach dem Calpurnischen und nach dem Junischen Gesetz Folgerungen zu ziehn. Wo der Richter nur mit "*condemno*" oder "*absoluo*" antworten kann, ist die Frage auf Ja oder Nein gestellt, und mit dieser liess sich die Sakramentswette ohne weiteres verknüpfen. Nach dem Spruch mag der Verlauf des Verfahrens in allem wesentlichen mit dem späteren Recht übereingekommen sein, nur dass die Einbehaltung oder Eintreibung des Sakraments nebenherging. Betreffs der Einzelheiten wird man wieder Unwissenheit einzugestehn haben: wir kennen nicht die von den Parteien gebrauchten *uerba sollemnia*, wissen nicht einmal ob die Frage an welche formell die Sakramentswette sich anschlos *in ius* oder *in factum* gefasst war, desgleichen nicht ob bestimmte Anweisungsformeln für den oder die Iudices im Gebrauch gewesen. Diese könnten etwa gelautet haben:

si paret reum . . . . . fecisse condemna, s. n. p. a.,

und es würde hiebei keinen erheblichen Unterschied gemacht haben, ob von richterlicher Seite hierauf "*Ai. sacram. iustum esse*", oder "*Nm. fecisse uideri*" oder noch einfacher "*condemno*" zu antworten gewesen.

D. UEBER DIE VERSCHIEDENHEIT DES ERFOLGS DER KONDIKTIONEN NACH OBJEKT UND FORMEL.

ZU KAP. V N. 25, S. 108.

Wir sind heut zu Tage gewöhnt nach dem Vorgange des Corpus Juris die Kondiktionen nach dem Entstehungsgrunde zu unterscheiden, *cond. indebiti — ob turpem causam — causa data causa non secuta — sine causa — etc.*, ohne bei der Darstellung der einzelnen weiter viel danach zu fragen, welche Aktion im besondern Falle nach dem klassischen Römischen Recht zur Anwendung zu bringen gewesen wäre. Wo es sich lediglich um das heutige Recht handelt, mag dies gerecht-

fertigt sein, wo aber zugleich auf die geschichtliche Entwickelung gesehn werden soll, wäre an der Stelle hervorzuheben, dass jede von diesen Kondiktionen im konkreten Falle allemal je nach dem Objekte

entweder als *condictio certi*,
oder als *condictio triticaria*,
oder als *incerti condictio*

formulirt werden musste, was seiner Zeit für den Erfolg von massgebendem Einflusse war. Wieviel davon noch in das Justinianische Recht übergegangen ist, nicht ganz leicht zu bestimmen, und noch schwerer vielleicht, wann dieser Einfluss sich verloren haben sollte.

Unsere heutige Darstellungsweise folgt wie gesagt der Justinianischen Kompilation, und wenn man die Titel zumal der Digesten im Zusammenhange durchliest, so wird man sich kaum des Eindrucks erwehren können, dass es den Kompilatoren fern gelegen habe, praktische Verschiedenheiten je nach Objekt und Abart der Aktion länger aufrecht zu erhalten. Aber auch ältere Juristen hatten sich schon ähnlich ausgelassen, z. B. Paulus:

> fr. 15 de cond. ind. 12, 6: *indebiti soluti condictio naturalis est, et ideo etiam quod rei solutae accessit uenit in condictionem, ut puta partus qui ex ancilla natus sit, uel quod alluuione accessit; immo et fructus, quos is cui solutum est bona fide percepit, in condictionem uenient.*

Wäre die *condictio* nicht gleichfalls "*naturalis*" wenn es sich um eine bestimmte Summe baares Geldes handelte? und welcher Unterschied bestünde unter Zinsen die man ohne eigene Gefahr bezöge und anderen Früchten? Daneben ist zu bemerken dass der Sprachgebrauch auch nicht immer die alte Strenge bewahrt hat; so sagt Ulpian

> fr. 17 § 2 rer. amot. 25, 2: *non solum eas res quae exstant in rerum amotorum iudicium uenire Iulianus ait, uerum etiam eas quae in rerum natura esse desierunt. simili modo etiam certi condici eas posse ait;*

oder sollte man das zweite "*eas*" beziehn auf die *res* welche "*in rerum natura esse desierunt*"? so dass "*condici eas*" die Kondiktion der Aestimation bezeichnete? aber wer möchte die mit der *certi cond.* einklagen?

Und dennoch scheinen einige praktische Konsequenzen

des Unterschieds der *c. certi* und *c. triticaria* durch die klassische Zeit hindurch bis in das Justinianische Recht sich erhalten zu haben. Wo die *condictio triticaria* zur Anwendung zu kommen hätte, gleichviel ob bei Spezies oder bei Quantitäten von Nichtgeld, ist eine Ausdehnung der Kondemnation über das Mass des Empfangenen hinaus möglich; vgl. neben fr. 15 pr. cit., fr. 65 § 5 eod. (Paul.), fr. 7 § 1 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 (Iulian.), fr. 38 § 1—3 de usur. 22, 1 (Paul.), c. 12 de usur. 4, 32 (Alex.), c. 23 eod. (Diocl.). Wo hingegen eine bestimmte Geldsumme in Frage steht, und also die *condictio certi* am Platze ist, wird die Ausdehnung auf Zinsen entschieden verneint; fr. 24 de praescr. uerb. 19, 5 (Afric.), fr. 10 § 4 mand. 17, 1 (Ulp. Papin.), c. 3 de usur. 4, 32 (Seuer.), c. 1 de cond. ind. 4, 5 (Anton.), c. 4 de cond. ob t. c. 4, 7 (Diocl.).

Indifferent für uns ist fr. 22 de donat. 39, 5 (Modest.), dass bei Schenkpromissionen, gleichviel ob Geld oder etwas anderes versprochen, "*de mora usuras non deberi summae aequitatis est*". Bedenklicher fr. 122 § 5 de V. O. 45, 1 (Scaeu.): "*....si Seia non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, iure usuras non deberi*". Also müssen wir annehmen: anderesfalls "*deberi usuras*". Aber die Relation ist nicht scharf genug um eine Antinomie behaupten zu können, vielleicht war in Scaevolas Fall die *stipulatio* auf irgend ein "*quidquid Seiam .... dare facere oportet*" gestellt, vielleicht begriff sie ähnlich der in fr. 40 de R. C. 12, 1 auch Zinsen in sich.

Diese Steifheit der *condictio certi* war aber doch blos einseitig, sie gestattet keine Mehrungen, wol aber Abzüge:

> fr. 4 de cond. furt. 13, 1 (Ulp.): *si seruus uel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum peruenit; in residuum noxae seruum dominus dedere potest.*
>
> fr. 5 pr. de cond. c. d. 12, 4 (Ulp.): *si pecuniam ideo acceperis ut Capuam eas, ... cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est. .... nisi sumptus iam fecisti .... si minus erogatum sit condictio locum habebit, ita tamen ut indemnitas tibi praestetur eius quod expendisti.*

Offenbar setzen diese Minderkondemnationen Formelzusätze voraus und, wie auch sonst nicht selten, waren diese hier früher *pro reo* als *pro actore* in den Gebrauch gekommen.

Für den Kläger hat das alte steife Recht, das seinen Grund nur in den Formeln gehabt hatte, die Beseitigung der Formeln zweifellos überdauert, und es besteht in der Justinianischen Sammlung als schlagender Beweis für das *"cessante ratione legis non cessat lex ipsa"*. Wie wir uns von der hiernach im neuesten Römischen Recht noch vorhandenen Singularität betreffs certer Geldschulden ohne Inkonsequenz losmachen können, darüber gehn wie begreiflich die Ansichten auseinander; dass wir uns davon losmachen müssen scheint ziemlich allgemein angenommen zu werden, vgl. Seuff. Arch. I. 59.

E. ZUR GESCHICHTE DER FREIEN REALKONTRAKTE.

ZU KAP. VI.

Ubbelohdes "Zur Geschichte der benannten Realkontrakte auf Rückgabe derselben Spezies" kam mir zu Gesicht als mein Manuscript fertig, aber noch in meinen Händen war. Danach am Texte zu ändern habe ich mich nicht veranlasst gesehn, andererseits schien mir unangemessen diese Arbeit nur mit einzelnen Bemerkungen gelegentlich zu berühren. Sympathische Hinneigung zu denen, die mit uns auf derselben Bahn vorwärts zu kommen streben ist natürlich, zumal wenn wie hier die Anerkennung sorgfältiger Sammlung und origineller Kombination der Quellen hinzutreten muss.

Wenn ich gleichwol in den Resultaten mit U. nur selten zusammentreffe, so scheint mir dies einen relativ tiefen Grund zu haben: ich möchte sagen, unsre Augen sehn verschieden. Was Er und was Ich unmittelbar aus denselben Beweisstücken entnehmen, das liegt meist soweit auseinander, dass Verständigung unmöglich, und deshalb jedes Streiten überflüssig sein dürfte; es sind eben nur die Differenzen unserer Anschauungen zu konstatiren.

fr. 5 § 2 commod. 13, 6 (Ulp.): *nunc uidendum est quid ueniat in commodati actione, utrum dolus an et*

culpa an uero et omne periculum? ... § 3: *commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur; et ideo uerior est Q. Mucii sententia, existimantis et culpam praestandam et diligentiam.*

enthält den für mich unumstösslichen Beweis, dass Q. Mucius bereits einen *contractus* und eine *actio commodati* gekannt habe. Sehe ich dann dass Cicero die *a. commodati* unter den *actiones bonae fidei* (de nat. deor. III. 74, de off. III. 70) und unter den infamirenden Klagen (top. 42) nicht mitaufführt, so schliesse ich hieraus entweder auf ein Uebersehn Ciceros, oder aber darauf dass die *a. commodati* damals noch nicht *bonae fidei* und noch nicht *famosa* gewesen, und letzteres bestätigt mir die *l. Iulia municipalis* (u. 111) bei der ein Flüchtigkeitsfehler wenig wahrscheinlich wäre. Ich will ausdrücklich wiederholen dass die Annahme, eine *actio* sei früher in das Rechtsleben eingeführt und später erst *bonae fidei* oder infamirend geworden, für mich durchaus nichts abstossendes hat; Ubbelohden erscheint sie beinah unmöglich. Nur in der Vermutung kommen wir hier überein, dass *a. depositi* und *a. pigneraticia* den Entwickelungsgang der *a. commodati* mitgemacht haben.

Kaum weniger geraten wir dann wieder bei der Geschichte des *furtum* auseinander. U. druckt folgende zwei Stellen ab:

Gell. VI. (VII.) 15 § 1: *Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et seuera iudicia de furtis habita esse apud ueteres scripsit, idque Brutum solitum dicere, et furti damnatum esse qui iumentum aliorsum duxerat, quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat quam in quem locum petierat.*

Val. Max. VIII. 2 § 4: *multus sermo eo etiam iudicio manauit, in quo quidam furti damnatus est qui equo, cuius usus illi Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii cliuo uectus esset. quid aliud hoc loci, quam uerecundiam illius saeculi laudemus, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur.*

und bemerkt dazu:

da Brutus und der Gewährsmann des Valerius Maximus die berichteten Tatsachen zu notiren der Mühe wert hielten, so muss in denselben eine bis dahin

ungewohnte Auffassung des *furtum* sich bekundet haben. In dem besondern Sachverhalte der Fälle liegt jene jedoch schwerlich. Denn noch später ist es vielmehr eben dieser Sachverhalt, welcher vorzugsweise als Beispiel des *furtum usus* benutzt wird [Gai. III. 196; fr. 40 de furt. 47, 2; fr. 5 § 7, § 8 comm. 13, 6; § 6 I. de obl. q. e. del. 4, 1]. Das Bemerkenswerte kann also nur im Begriff des *furtum usus* selbst stecken.

Nun will ich gern zugeben dass die fraglichen Entscheidungen ihrer Zeit etwas auffälliges gehabt haben müssen, es scheint mir aber so gut wie ausdrücklich bezeugt zu sein, dass dies eben in deren altertümlicher Strenge gelegen, was auch durch die übrigens citirten Stellen keineswegs widerlegt wird. Sicherlich war das *furtum* älter als das *furtum usus*, doch nur insofern als die frühere Zeit noch nicht zu unterscheiden verstand; erst die neuere reinigt die Grenzen nach aussen und zieht sie im innern. Anfangs gab es nur Ein *furtum*, das die entwickelte Jurisprudenz zerlegt in ein *f. ipsius rei*, — *usus*, — *possessionis*. Die Unterscheidung von Unterschlagung und Diebstal scheint den Römern nie so ganz gelungen zu sein; dass die Unterschlagung, wie U. will, erst später hereingezogen worden, halte ich für falsch, und kann mir auch nicht denken, dass das Usukapionsverbot der Zwölftafeln die unterschlagenen Sachen nicht mitumfasst hätte.

Den Kern der vorliegenden historischen Konstruktionen bilden die Ausführungen über die *a. de perfidia* und über den Umfang den die *a. fiduciae* einstmals gehabt haben soll: das einzige Zeugnis, das mit der supponirten "*a. in duplum de perfidia*" meines Erachtens vielleicht vereinbar wäre, ist das bekannte

> *uti ne propter te fidemue tuam captus fraudatusue sim* (de off. III. 70),

dem bisher eine sichere Unterkunft noch nicht geworden ist; alle andern Quellenstücke sprechen eher dagegen. Namentlich das Paulinische

> *ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum* (coll. II. 7 § 11).

Ich habe mich vorher (VII. N. 33) dawider erklärt, dies auf die gewöhnliche, nicht besonders ausgestattete, *a. furti* zu beziehn;

dieselben Gründe sprechen wider die Ausdeutung auf eine allgemeine *a. de perfidia*, welche ebenso wie *ex causa depositi* auch *ex causa commodati*, *pignoris dati*, *conducti locati*, *mandati*, *societatis* gegeben wäre. Wie die prätorische, meine ich, müsse auch die zwölftafelsässige eine wirkliche *actio depositi* gewesen sein, nicht eine beliebige *actio* die, wie etwa die *rei uindicatio*, *a. Publiciana*, *a. ex stipulatu*, *condictio furtiua*, *a. furti*, *a. l. Aquiliae*, auch einmal mit Rücksicht auf deponirte kommodirte verpfändete u. s. w. Sachen gebraucht werden konnte. Bei aller Anerkennung der gelegentlichen Berechtigung gewagter Hypothesen, scheinen mir in diesem Falle die Grundlagen doch viel zu schwach. Auch betreffs der *a. fiduciae* muss ich auf eine Vereinigung verzichten.

Dagegen kann ich mir gefallen lassen, "dass zur Zeit der Zwölftafeln Depositum Commodatum Pignus noch nicht als Kontrakte galten" (S. 41), dass "das Mandat als Kontraktsverhältnis anerkannt worden zwischen den Jahren 467 [*l. Hortensia*] und 631 u. c. [ad Herenn. II. 19] (S. 44); auch

> die Konsensualkontrakte werden wir auf ihrer Anfangsstufe als *stricti iuris* zu denken haben, etwa so dass sie sich von je zwei einander gegenüberstehenden Stipulationen nur durch die Formlosigkeit unterschieden (S. 53).

Desto härter stossen wir bei folgendem aufeinander:

> die Tatsache dass wir über die Gesetze nichts wissen welche die *actiones bonae fidei* eingeführt haben, wird wol niemand als einen ernstlichen Grund betrachten die Existenz solcher Gesetze im Zweifel zu stellen (S. 82, und dazu aus Anm. 130):
>
> worauf die so bestimmte Behauptung Kuntzes (Kr. Vschr. IX. 514) sich gründet, die Einführung der *a. fiduciae* des ersten *iudicium b. f.* könne nur ein Werk der Gerichtspraxis gewesen sein, ist mir nicht recht klar. Ich sollte vielmehr denken, gerade die Aufstellung des ersten *iudicium bonae fidei* eine so ausserordentliche Handlung, sei weit natürlicher der Gesetzgebung als der Praxis zuzuschreiben.

Ich aber denke dass die Römische Gesetzgebung selten etwas überflüssiges getan hat: sie konnte zunächst den Parteien überlassen alle Einzelheiten welche dieselben berücksichtigt wünschten ausdrücklich namhaft zu machen, und dabei ge-

wisse Punkte, wie wir dies bei den Catonischen *leges locationis* sehn, auch dem *arbitrium boni uiri* zuzuweisen; sie konnte den Parteien und Prozessbehörden gemeinschaftlich die Kosntruktion neuer Spruch- und Schriftformeln überlassen, welche auf diese Spezialitäten entweder im besondern (*in factum*) oder allgemein ("*ut inter bonos bene agier*" "*quantum aequius melius*" "*ex fide bona*") bezug nahmen. Ja die gesetzliche Einführung dieser Formeln würde ganz unnütz gewesen sein, wenn nicht entweder der Gesetzgeber zugleich ausdrücklich verordnet hätte, welcher Sinn denselben von den Richtern beigelegt werden solle, ein Eingriff in das *officium iudicis* der eben so beispiellos wie unbezeugt wäre, oder aber die allgemeine durch die *disputatio fori* geklärte Volksüberzeugung die Gedanken der Gesetzgeber geteilt hätte, wo dann aber jede Nachhülfe zur Verwirklichung dieser Gedanken durch Rogationen und Volksschlüsse völlig müssig erscheinen musste. Wie ich mir die Entstehung und Entwickelung dieser Aktionen durch das Zusammenwirken der prozessleitenden Magistrate der Richter und der beide gleichmässig dirigirenden Juristen im Einzelnen vorstelle, ist nach dem im Text gesagten hier nicht zu wiederholen.

Für das Dasein doppelter Klagformeln (*in ius* — *in factum*) bei gewissen Aktionen habe ich keine mich selber ganz befriedigende Erklärung. Es scheint mir aber auch die Frage eigentlich noch gar nicht gestellt werden zu dürfen; denn wie könnten wir eine Erscheinung erklären, die wir noch nicht kennen, nach keiner Seite zu begrenzen vermögen. Wir wissen nicht einmal von der *pignoraticia a.* ob auch sie die zwei Formeln besessen, übrigens lässt das Gajanische "*ex quibusdam causis* — *uelut*" unserer Fantasie völlig freien Spielraum. Der Wert der Erklärungsversuche liegt vornehmlich in dem was dabei für das Begrenzungsproblem abfällt; es ist dessen bis jetzt noch nicht viel festes.

Was endlich die Konstruktion der *formula depositi in ius concepta* anlangt, so ist es gewis verdienstlich zu erinnern, dass die wol als vorhanden anzunehmende gemeine Meinung hier doch auf keinem ganz sichern Boden steht. Wenn auch die Bedenken von Keller (Inst. 115) wegen der Auflösung des "*N. R.*" in *nisi restituat* durch das von Valerius Probus überlieferte "*N. R.* = *non restituetur*" zu heben sein dürften, so

bleibt dass "*nisi restituat*" in der Formel einer *b. f. actio* überhaupt überflüssig (möglich freilich dass es aus früherer Zeit, vor Einfügung des "*ex f. b.*" beibehalten worden, und überflüssiges fand sich auch sonst in den Formeln) und zudem an einer Stelle erscheint, wo es von den Wenigsten gesucht sein würde; auch ist die Unterstützung der Konjektur durch fr. 1 § 21 depos. 16, 3, wie U. ausführt, immerhin zweifelhaft. Aber Us. eigne Vermutung spricht mich gleichfalls nicht an: sollte in Gai. IV. 48 wirklich gesagt sein, dass die Formel überall ausdrücklich auf Geld gestellt werden musste, also auch bei jedem "*quanti ea res est s. erit*", dem *officium iudicis* die Interpretation des Kondemnationsbefehls nicht überlassen bleiben durfte? Sodann klingt weder

eius Nm. Ao. condemnato numerata pecunia,

noch

eius Nm. Ao. c. numeratam pecuniam;

und *N. P.* = *numerata pecunia* kommt in der Gajushandschrift nicht vor (wol aber = *non paret*, oder = *non potest*). Endlich hat Studemund deutlich "*N. R.*" gelesen und wenn, was bei einem so liederlich geschriebenen Kodex durchaus zulässig, doch einmal ein Abschreiberversehn anzunehmen sein sollte, so ist wol das einfachste, worauf auch Keller schon zu deuten scheint, die fraglichen Buchstaben zu streichen.

F. WIDER DEMELIUS UEBER DAS ALTER DER ACTIO EMPTI EX CONSENSU NACH PLAUTUS.

ZU KAP. VII. N. 47 S. 149.

Demelius übersieht dass die vollendete Individualisirung und gleichmässige Ausbildung mit der Frage, ob die daraus zu gebende Klage an die Einhaltung bestimmter Formalien geknüpft sei, nichts zu schaffen hat; man könnte sonst vielleicht dereinst aus der fertigen Gestaltung unseres Wechselrechts Folgerungen ziehn wollen auf die formlose Klagbarkeit des Geschäfts. Auch dass die Anwendungen Modifika-

tionen und die Terminologie bei Kauf und Aehnlichem von Plautus in der Hauptsache ebenso gegeben werden, wie wir sie aus späterer Zeit kennen, beweist nichts, da all diese Anwendungen und Modifikationen und die Terminologie mit einem formellen Geschäft gerade so wohl vereinbar wären wie mit einem formlosen. Ueberhaupt muss vor der Ueberschätzung des Gegensatzes gewarnt werden; kein Zweifel dass schon zu Plautus Zeit Kauf Miete u. s. w. Kontrakte *ex consensu* in dem weiteren Sinne sind, in welchem auch Sponsion und Stipulation dahin gehören. Der Streit dreht sich nur darum, ob der *consensus* um Aktion zu schaffen in beliebiger Weise, wie bei den späteren Konsensualkontrakten im e. S., oder in schematisch bestimmten Figuren kund getan werden musste.

Die Stellen, die zumeist für meine Auffassung sprechen, finden sich die eine im Curculio die andere im Pseudulus, beide sind in meiner Empt. Vend. 9—11, 12—15, im wesentlichen auch in den Plautinischen Studien von Demelius, Zschr. f. R. G. II. 201—5, abgedruckt. Beidemal betrachtet sich der Verkäufer als völlig ungebunden, obschon falls damals schon der formlose Konsens obligirt hätte, die *a. empti* wider ihn begründet wäre. Daraus habe ich das Nichtvorhandensein dieser Klage gefolgert. Demelius erfasst das Tatsächliche nicht anders, bestreitet aber die Zulässigkeit der Folgerung, weil der zu beklagende Verkäufer Leno, die Klagen wider einen solchen "höchst unerfreulich, gewis oft resultatlos sein mussten", und weil zweitens die *a. empti* wenn sie hier begründet wäre, doch nicht auf mehr gehn könnte als auf Rückforderung des gezahlten Preises.

Aber die ganze Gesellschaft die bei Plautus auftritt pflegt nicht so delikat zu sein, dass sie sich geniren würde einen Prozess wider einen schmierigen Kerl anzustrengen, vorausgesetzt nur dass Aussicht wäre ihn zu gewinnen. Die Lenonen werden geschildert als gewandt im Verdrehen der Worte und Abschwören der Eide, ohne dass dergleichen ihnen schliesslich viel zu nutzen pflegte, die Gerichte sind keineswegs ohnmächtig gegen sie, was zu geisseln Plautus sicher nicht unterlassen hatte; vgl. für das Gegenteil Poen. V. 6, 1 s.; Rud. V. 1, 1 s.; Curc. V. 3, 31—45. Auch in unserer Pseudulusstelle taucht kein Zweifel auf, dass der gezahlte Preis von demselben Leno zu erlangen sein wird, von dem die erkaufte Magd

nicht zu erlangen war, noch statt ihrer Zahlung eines angemessenen Interesses.

Und dass dies Interesse nicht mehr betragen können, das greift mein verehrter Gegner aus der Luft. Abgesehn von allen andern Eventualitäten brauchte der Käufer ja nur für einen höheren Preis wiederzuverkaufen, ein Miles wie Therapontigonus weiss damit wol Bescheid, und wenn ein reeller Käufer nicht gleich zu finden war, so konnte aus der umgebenden Schmarotzerschar leicht ein fiktiver aufgestellt werden: den Leno damit in die Enge zu treiben, hätte einen prächtigen Spass gegeben.

Anders wäre es wenn behauptet würde, nicht der tatsächlichen Verhältnisse wegen, sondern nach ihrer rechtlichen Natur gehe die *a. empti* bei Plautus auf nicht mehr als Repetition des gezahlten Preises; aber dann wäre zwischen D. und mir auch keine Meinungsverschiedenheit mehr.

Zur Stelle aus dem Rudens s. E. V. 17, 18, Pl. St. 209—12. Ich erkenne bereitwillig an, dass meine Ausführungen darüber in der E. V. nicht ausreichen, kann aber auch hier der Auffassung von D. nicht beitreten. Erstlich bleibt es, wie vorhin in Beilage A, gezeigt wurde, zweifelhaft, ob das "*abiudicata a me est*" von einem Erkenntnis zu verstehen ist das auf *a. in personam*, oder das auf eine *a. in rem* ergangen. Nimmt man eine *a. in personam* an, so beruht diese auf dem Geschäft wovon zuerst geredet wird

prol. 44. *amare occoepit. ad lenonem deuenit,*
minis triginta sibi puellam destinat
datque arrabonem et iureiurando adligat.
is leno, ut se aequomst, flocci non fecit fidem
neque quod iuratus adulescenti dixerat.

In demselben Stücke aber begegnen wir noch einem promissorischen Eide, s. V. 2:

47. *G. per Venerem hanc iurandum est tibi. — L. quid iurem? — G. quod iubebo.*
L. praei uerbis quiduis.

Den Eid sprechen dann beide zusammen.

55. *G. tum ego huice Gripo, inquito et me tangito.*
L. tum ego huice Gripo, dico Venus ut tu audias.
G. et L. talentum argenti magnum continuo dabo.

Labrax meint hiedurch nicht arg gebunden zu sein, was er

geschworen, könne er auch wieder abschwören. Doch kommt in der nächstfolgenden Scene ein quasigerichtliches Verfahren zu stande:

> 28. *D. promisistine huic argentum? — L. fateor. — D. quod seruo meo*
> *promisisti, meum esse oportet. ne tu leno postules*
> *te hic fide lenonia uti, non potis.*

Kurzum das "*iureiurando promittere*" ist auch ein "*promittere*" und wirkt, sofern dabei die Stipulationsförmlichkeiten erfüllt sind, jedem andern "*stipulanti promittere*" gleich. Demnach erscheint auch das im Prolog erwähnte "*iureiurando adligari*" geeignet eine *a. ex stipulatu* zu erzeugen.

Unterstützt wird diese Auffassung durch fr. 13 pr. de accept. 46, 4 von Ulpian, wonach die einzige wirkliche Obligation aus einem Eide, des Liberten *operae* betreffend, durch Acceptilation aufzuheben ist; man bedenke dass auch die Acceptilation durch Frage und Antwort sich vollzieht, und wie streng die Römer darauf halten dass der Begründungsakt und der Aufhebungsakt einander entsprechen.

Bei dieser Gelegenheit mag noch zweier nichtplautinischer aber doch in die Plautinische Zeit gehöriger Stellen gedacht werden, die gleichfalls für die frühzeitige Klagbarkeit des Kaufkontrakts *ex consensu* angeführt worden sind.

> fr. 38 § 1 de A. E. V. 19, 1 (Cels.): *si per emptorem steterit quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse seruari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima esse uidetur sententia.*

Der Schein schwindet wenn man sich erinnert was in den Catonischen *leges locationis* zu lesen:

> c. 144 § 2, 5: *scalae ita uti datae erunt ita reddito, nisi quae uetustate fractae erunt. si non erunt, reddat aequas aut arbitratu deducetur.*
>
> — § 3, 6: *si quid redemptoris opera domino damni datum erit resoluito, aut uiri boni arbitratu deducetur.*
>
> c. 145 § 3, 9: *si quid redemptoris opera domino damni datum erit, uiri boni arbitratu deducetur.*

Alle drei Male handelt es sich um Abzüge von der Forderung des Redemptors, deren Höhe durch einen Arbiter zu bestimmen

war, und die danach, falls keine Einigung erfolgte, in dem Hauptprozess Berücksichtigung fanden (vgl. Zschr. f. R. G. III. 442—4). Das konnte in späterer Zeit füglich als ein "*pro scalis etc. . . . per arbitrium indemnitatem seruari*" bezeichnet werden. Demnach liesse sich vermuten, dass S. Aelius und Drusus die Aufnahme ähnlicher Klauseln "*pro cibariis*" in die ihrer Zeit gangbaren *leges uenditiones*, die aber ihre obligirende Wirkung nicht *ex consensu* sondern *ex uerbis* erhielten, aufgebracht hatten, dass dieselben ständig geworden, in den konsensuellen Kaufkontrakt übergegangen, und endlich nach der Regel "*in b. f. iudiciis quae sunt moris et consuetudinis uenire*" ihrem Inhalte nach selbstverständliches Element des Geschäfts geworden. Das historische Citat des Celsus wird durch diese Annahme nicht ungenauer als andere Römischer Juristen. Weit weniger scheinbar ist

Cato de R. R. c. 149 in f.: *si quid de iis rebus controuersiae erit, Romae iudicium fiat.*

Dass über derlei Sachen ein *iudicium* eventuell zu Rom stattfinden konnte ist gewis, fragt sich nur was das für Sachen waren, und namentlich welches das obligirende Moment war: *res*, *uerba*, *literae?* Ich habe dem darüber Zschr. f. R. G. a. a. O. gesagten für jetzt nichts hinzuzufügen.

G. UEBER DAS VERHAELTNIS DER CAUTIONES ZUR ACTIO REI UXORIAE.

ZU KAP. VII. N. 76, S. 158.

Die Entstehung der *a. rei uxoriae* aus den betreffenden Kautionen leugnet Bechmann, Dotalr. I. § 13, in der Polemik wider die meiner Auffassung näher stehende Meinung Hasses, desgleichen Bs. Recensent v. Scheurl Kr. Viertschr. VI. 12 f. Ihre Gründe:

1) dass die Dotalstipulation eine *stipulatio post mortem promissoris* wäre. Von Beiden schon als geringeres Bedenken bezeichnet, dessen Beseitigung in verschiedener Weise geschehn

könnte. Für uns ist dasselbe völlig indifferent, denn bestesfalls kehrt es sich lediglich gegen die Möglichkeit der Annahme, dass vor einer gewissen Zeit in Rom Dotalkautionen vorgekommen seien, und hat mit der Frage, ob zu der Zeit, von der wir handeln, und wo die Dotalkautionen direkt quellenmässig erwiesen sind (Gell. IV. 3, 1 u. 2), die *a. rei uxoriae* aus diesen Kautionen hervorgewachsen sei oder nicht sei, offenbar nichts zu schaffen.

2) Die absonderlichen Eigentümlichkeiten der *a. rei uxoriae.* — Im direkten Gegensatze behaupte ich, dass gerade diese Eigentümlichkeiten zu unserer Annahme zwingen: kein Gesetz und kein Prätor würde dieselbe zu erfinden, aus Nichts zu schaffen gewagt haben. Sie konnten in die *a. r. u.* nur kommen, weil sie im Leben, wenigstens dem Kerne nach, bereits vorhanden waren, und für dies Vorhandensein gab es keinen anderen Boden als den der bindenden Verträge, d. h. der Kautionen.

3) Aus einer ursprünglichen *a. ex stipulatio* hätte sich schlechterdings nur eine *condictio* entwickeln können; — eine Behauptung die, soweit ich sehe, ebenso irrig wie selbst nur scheinbarer Anhaltspunkte baar ist.

Für die eigene Ansicht noch ein Hinweis auf Gellius l. c. Fünfhundert Jahre lang, sagt die Ueberlieferung, "*nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse*"; dann wird die Entstehung der *cautiones* an die Handlung des Spurius Carvilius Ruga angeknüpft. Gellius und sein Gewährsmann Servius Sulpicius scheinen also doch auch die Kautionen für älter als die Aktion gehalten zu haben.

Und mit Bezugnahme auf oben Ausgeführtes S. 152 f. die Frage an Bechmann, der S. 59 sagt:

> die *a. r. u.*, welche im Falle der Ehescheidung zusteht, ist unstreitig eine *ciuilis actio*; sie beruht nicht auf einem Gesetz, ebensowenig aber auf prätorischem Rechte, sondern sie ist ein Produkt des unter dem Einfluss der Rechtsgelehrten sich bildenden und allmählich entwickelnden Gewohnheitsrechts;

durch welches Medium schuf dies Gewohnheitsrecht seine neuen Aktionen? wenn nicht durch den Prätor.

H. ZUR KONSUMPTIONSLEHRE.

ZU KAP. VII. und KAP. VIII.

Abweichungen von meiner früheren Auffassung; Unfertigkeit der Lehre bei den Römern. — I. Inhalt der *a. incerti*. — II. Die für die Kondemnation bestimmenden Momente ausser den Ansprüchen und die massgebenden Ansprüche. — III. Entstehung der Konsumptionsregel. — IV. Wirkung und geschichtliche Entwickelung der Regel. — V. Bedeutung für die *a. incerti*. — VI. Bei Klagen auf Ganzes und Teile. Wider die positive Funktion der *exceptio rei iudicatae*. Heutiges Recht.

Nicht ohne Bedenken kehre ich auf dies Gebiet zurück; nicht deshalb weil ich meinte das sagenswerte sei bereits von mir oder andern ausreichend gesagt. Im Gegenteil, die Schwierigkeiten einer erschöpfenden Darstellung sind mir mit der Zeit mehr und mehr zum Bewusstsein gekommen, und die beiläufige Behandlung, zu der allein hier Platz ist, will mich selber wenig befriedigen. Noch weniger aber durfte ich mich zum stillschweigenden Uebergehn berechtigt halten, wo zwischen meinen jetzigen, und den früher ausführlich entwickelten Anschauungen prinzipielle Gegensätze bestehen.

Meinen eigenen, aber auch aller Anderen Ausführungen über die prozessualische Konsumption trete ich jetzt mit der Annahme des Dualismus von "Aktion" und "Anspruch" entgegen. Selbstverständlich bedingen die Begriffsbestimmungen von "Aktion" und "Anspruch" Inhalt und Umfang der Lehre von der Konsumption der Aktionen und von der Unklagbarmachung der Ansprüche. Ich will versuchen die Resultate, zu denen ich von meinen jetzigen Definitionen gelange, im folgenden möglichst kurz und klar zu zeichnen.

Noch ein zweiter Differenzpunkt ist zu bemerken; und wieder trete ich nicht nur mit mir selber in Widerspruch sondern auch mit allen Anderen welche in der Konsumptionslehre gearbeitet haben. Wir alle sind ausgegangen darauf, den Grundgedanken der Römer und die von ihnen angenom-

menen praktischen Konsequenzen zu eruiren. Dabei schwebte uns vor, dass dieser Grundgedanke ein scharf durchdachter fest abgeschlossener Gedanke sei, und dass die Konsequenzen daraus mit logischer Notwendigkeit sich ergeben müssten; uns verlangte nach ebenso sicheren wie harmonischen Ergebnissen, wo wir diese nicht fanden, glaubten wir den Fehlersgrund in unserer mangelhaften Erkenntnis suchen zu sollen. Mehr oder weniger standen wir Alle, zum Teil unbewusst, unter dem Einfluss der Theorie welche im Römischen Recht eine Art von Offenbarung, das Recht *κατ' ἐξοχὴν* sieht; nur Richtiges, Wahres sollte darin aufgestellt sein betreffs der Einwirkung des Prozesses auf das materielle Recht, wie sonst so ziemlich überall.

Aber gerade bei unserer Konsumptionslehre wird das Gegenteil handgreiflich. Frühzeitig ist das Prinzip derselben in feste Worte gekleidet, und damit die Konsistenz desselben gekräftigt worden. Und nachdem dann Jahrhunderte lang bereits die Regel "*bis de eadem re ne sit actio*" im Munde des Volks gewesen, bestehen zu Augusts (Quintilians) Zeit über die nächstliegenden Anwendungsfragen erhebliche Zweifel; von andern berichten die letzten grossen Pandektenjuristen, z. B. über das Verhältnis der Konstitutsklage zur *sortis obligatio*, das der Klage auf die Muttersache zu der auf *partus* und *fructus*, und ihre Definitionsversuche gehn kaum über den Wechsel der Wörter hinaus. Während also die Regel noch weitab ist in sich zu fertiger Entwickelung gelangt zu sein, haben ihr andere neuere Anschauungen bereits vielfach die Spitzen der zweifellosen Konsequenzen abgebrochen, und Milderungen der Konsumption erzwungen. Unter andern macht sich ein Prinzip geltend, das niemals in einer Form ausgesprochen ist welche allgemein Anerkennung gefunden hätte, und bei dem Niemand je sämmtliche Konsequenzen ausgedacht zu haben scheint, geschweige denn dass der Versuch zu ihrer Verwirklichung gemacht wäre; ein Prinzip das bei den Römern den Uebergang von den Rechtsgefühlen zu den Rechtsgedanken des Volks nie ganz vollendet hat. Ich meine dasjenige das in einzelnen Anwendungen durch die Ausdrücke "*ius facit iudex*" "*res iudicata pro ueritate accipitur*" und dergleichen mehr bezeichnet wird. Die plastische, Rechte und Rechtsverhältnisse schaffende Kraft des Urteils macht sich an vielen

Punkten merkbar, an andern setzt sie aus, ohne ersichtlichen andern Grund als dass eben die Römer mit der Verarbeitung dieses Gedankens oder Quasigedankens in den Anfängen stecken geblieben sind. Auch das Institut der Konsumption wird von der rechtsbildenden Kraft der Erkenntnisse beeinflusst, einstweilen ohne viel Konsequenz, und bevor einigermassen genügende Gleichmässigkeit zu erreichen gewesen, war den Römern selber die Produktionskraft zur Weiterbildung ihres Rechts ausgegangen. In den nächsten Jahrhunderten nach dem Aussterben der grossen Juristen steht die Gesammtentwickelung fast still, Einzelheiten werden, zum Teil recht willkürlich zu- und abgetan. Unter Justinian endlich ist mit anerkennenswerter Energie der Versuch gemacht, das Recht, das innerlich und äusserlich weiter wachsen zu lassen man unvermögend geworden, in feste greifbare Formen zu bringen.

Schon an anderer Stelle habe ich meinen Respekt vor der Tätigkeit der Kompilatoren ausgesprochen; nach Zeit und Umständen haben sie geleistet, was irgend von Männern zu erwarten ist. Aber ihr Beruf war nur zu formen nicht zu schaffen, so konnten sie, abgesehn von relativ wenigen Fragen deren Entscheidung an der Oberfläche lag, das zweifel- und widerspruchsvolle Recht der klassischen Juristen nicht umschaffen zu einem einheitlichen und gewissen. Es war unvermeidlich Aussprüche zusammenzustellen, die aus divergirenden Anschauungen hervorgegangen waren, selbst direkte Widersprüche konnten nicht ganz ausbleiben. Geradezu unmöglich, dass darin ausnahmslos richtiges und wahres enthalten sein sollte. — Die Ausführungen auch der klassischen Juristen waren nicht durchgängig klar und durchsichtig: der Stoff noch nicht bezwungen, die Gedanken nicht immer korrekt, Ausdrücke mangelhaft und zweideutig. Zudem ist manches durch die Kompilatoren verstutzt und ausgeflickt, teils um eine Vereinigung einander widerstreitender Stücke zu erzwingen, teils den Rechtsänderungen späterer Zeit gerecht zu werden. Vorher sind diese im allgemeinen für geringfügig erklärt, aber auf die Konsumptionslehre wirkten einmal die Umgestaltung des Prozesses, sodann relativ tiefgreifende Spezialgesetze, wie die Verordnungen wegen der Pluspetition, und wegen der Klagen gegen mehre Schuldner derselben Res.

Zur Erläuterung der Unzuverlässigkeit, die ich unsern Quellen schuld gebe, ein Paar Beispiele:

fr. 18 § 1 commod. 13, 6 (Gai.): *siue autem pignus siue commodata res siue deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones de quibus loquimur, uerum etiam legis Aquiliae; sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.*

"*actum est*" sobald ein Prozess bis zur Litiskontestation durchgeführt ist; tragen wir also nichts in die Stelle, und nehmen an dass Gajus genau gesprochen, so liegt darin gesagt, dass die Anstellung (Litiskontestation) der einen Aktion die andere konsumire. Daneben

fr. 7 § 1 eod. (Ulp.): . . . . *nam etsi aduersus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem; nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum quam* (?) *ex causa commodati consecutus est, quod uidetur habere rationem.*

Zur Zeit Ulpians bestehn also jedesfalls zwei Meinungen, die zwar darin übereinkommen das Eintreten der prozessualischen Konsumption im vorliegenden Falle zu negiren, betreffs der praktischen Resultate aber ganz erheblich auseinander gehn: wer "*agendo remittit actionem*" kann nichts mehr nachfordern; die andere Meinung gibt zweite Klage auf den Ueberschuss (sollte nicht "*quod*" *ex causa commodati* statt "*quam*" *ex c. c.* zu lesen sein?) Und Ulpian selber ist nicht schroff entschieden: "*aequissimum est*" sagt er von dem einen, es entspricht der allgemeinen Ueberzeugung, aber rationell scheint ihm das andre "*quod uidetur habere rationem*". Unmöglich wäre es demnach schwerlich gewesen, dass Gajus noch eine dritte Meinung vertreten, unmöglich aber auch nicht dass er sich nachlässig ausgedrückt hätte. Feststeht nur dass die Kompilatoren hier keine vollkommene Kongruenz hergestellt haben; denn aus "*si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur*" allein würde niemand herauslesen, dass die *aliae actiones* auf einen etwaigen Ueberschuss unaufgehoben fortbestehn sollten. Und das steht in einem keineswegs besonders grossen Titel zusammen.

Ferner:

fr. 21 § 4 de exc. r. iud. 44, 2 (Pomp.): *si pro seruo meo*

fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata.

"*si de peculio actum sit*", sobald Lis kontestirt ist, wäre zunächst nur die *exc. r. in iudicium deductae* begründet, ob Pomponius auch von dieser gesprochen wissen wir nicht, die Kompilatoren konnten nur die *exc. r. iudicatae* stehn lassen, diese aber fusst hier wie sonst überall nur darauf Dass nicht Wie erkannt ist, wie hier steht "*excipiendum est de re iudicata*", nicht etwa "*de re secundum te iudicata*". Auch macht die Erklärung des Gedankengangs nicht die mindeste Schwierigkeit: es ist dieselbe den Sklaven oder Sohn bindende *res*, derentwegen wider den Herrn oder Vater *de peculio* und derentwegen wider Bürgen von Sklaven und Sohn geklagt wird, und wie zwei Linien die einer Dritten gleich laufen auch einander parallel sind, so folgt das Konsumptionsverhältnis der *a. de peculio* mit dieser *actio in fideiussorem* aus dem Konsumptionsverhältnis in dem jede von beiden mit der *actio* wider den Haussohn stehn würde. — Dem tritt direkt entgegen

fr. 84 de solut. 46, 3 (Procul.): *egisti de peculio serui nomine cum domino; non esse liberatos fideiussores eius respondit. at si idem seruus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos soluisset, liberatos esse fideiussores eius recte legisti.*

Das erste "*eius*" ist zweideutig an sich, durch das zweite wird es genügend bestimmt. Mit Proculus scheinen übereinzukommen Afrikan (fr. 38 § 2 eod.) und Papinian (fr. 50 § 2 de pec. 15, 1; cf. fr. 8 § 3 de fidei. 46, 1 Ulp.). Ob aus der Majorität der Stimmen die Ansicht der Kompilatoren zu entnehmen, und welchen Einfluss auf diese die c. 28 de fidei. 8, 40 (Iust.) geübt hat, interessirt uns wenig, desto mehr dass wir entweder Widersprüche im Corpus Juris oder irreleitende Aussprüche der Pandektenjuristen anzuerkennen haben.

Dennoch wird man das Streben, reine und klare Begriffe aus dem Römischen Rechte an Tageslicht zu fördern, auch da wo in ihm vielleicht nichts reines und klares enthalten gewesen, nicht gleich verdammen. Freilich laufen wir Gefahr das Römische Recht fertiger markirter kurzum anders darzustellen als es wirklich war; aber es gibt Irrtümer die auf dem Wege zur Wahrheit nicht zu umgehn sind, die richtigen Anschauungen erwachsen meist nicht aus den Nichtanschauungen sondern

aus den falschen Anschauungen. Ich richte mich also keineswegs gegen die Methode, und fordre nicht mehr, als dass das Mittel nur zu dem Zwecke verwandt werde, zu dem es bestimmt ist. Sind wir durch unsere Arbeit Herr der Römischen Gedanken geworden, und haben wir uns dieselben noch sauberer und genauer ausgemalt als die Römer selber, so ist es an der Zeit auch von diesen eben nur für unsere Unterweisung hergestellten Bildern wiederabzusehn um der Wirklichkeit der Römischen Rechtsgestalten näher zu treten.

Damit sind die wichtigsten Verschiedenheiten meiner jetzigen Auffassung von der, welche mich bei der "Prozessualischen Konsumption" geleitet hat, angedeutet. Ich würde diese Fragen an dieser Stelle lieber unberührt gelassen haben, wenn nur die Konsumption nicht ein ebenso wichtiges wie spezifisch Römisches Stück der Aktionenlehre wäre. Es scheint unvermeidlich, dass wenn irgendwo eine neue Aktionentheorie aufgestellt wird, man die Probe derselben zunächst an den Konsumptionsfragen macht. Aber auch die Verschiedenheiten, welche unter einzelnen Aktionsarten bestehn, treten vielfach gerade bei Prüfung der Konsumptionsverhältnisse in das hellste Licht.

I.

Stellen wir die Formeln zusammen, auf der einen Seite:

s. p. certam pecuniam d. o. — certam pecuniam c.,
s. p. certam rem d. o. — quanti ea res est t. p. c.,
s. p. incertum deberi — q. e. r. e. t. p. c.,

auf der andern

quidquid d. f. oportet — eius c.,

so wird bei letzterer die *condemnatio* gleichsam in die *intentio* mithineingezogen, ähnlich wie bei dem "*quantae pecuniae paret damnum datum esse*" die *condemnatio* mit der Anführung der massgebenden Fakta verwoben ist. Aber diese innigere Verknüpfung der beiden Formelstücke ist doch keineswegs der einzige Unterschied der zwischen den *actiones incerti* und den Kondiktionen, einschliesslich der *incerti condictio* sich bemerkbar macht. Während die *demonstratio* oder die *praescripta uerba* den Richter in der Berücksichtigung des Aktionsgrundes mehr beschränken als bei den Kondiktionen Regel ist, liegt in dem *quidquid d. f. oportet* eine Erweiterung des Offiziums,

selbst dann wenn kein "*ex fide bona*" oder ähnlicher Zusatz beigefügt wird. Auch bei der *condictio incerti* hat der Richter nur zu prüfen, ob Ein *incertum* geschuldet wird, sodann dies zu Gelde anzuschlagen. Anders wenn *actiones incerti*, beispielsweise *ex empto* oder *ex locato*, in Frage stehn: "*quod As. a No. Stichum hominem emit*", der Richter hat zunächst zu prüfen ob alle Requisite eines perfekten Kaufes vorhanden sind; "*quidquid ob eam rem Nm. Ao. d. f. oportet*", der Kauf selber ist nicht zu Geld zu schätzen, auch die Forderung *ex empto* nicht sogleich, vielmehr ist diese erst zu bestimmen und zu begrenzen, "*ex empto*" "*ex locato*" desgleichen "*pro socio*" und "*mandati*" kann gar mannigfaltiges zu leisten sein, man vergleiche die Miet- und Kaufformulare bei Cato und Varro, und wird nicht glauben wollen dass, nachdem die Stipulationsformeln fortgefallen, der Ansprüche, die aus diesen Geschäften herzuleiten waren, weniger geworden seien.

Mit Einem Worte: die Kondiktion verfolgt regelmässig nur Einen Anspruch, die *a. incerti* kann deren viele umschliessen. Die Betrachtung derartiger Fälle zeigt bald, wie locker die in Eine *actio* gehörigen Ansprüche einmal untereinander, zweitens auch mit der *actio* selber zusammenhangen. Denken wir beispielshaber nur an eine der einfacheren anspruchsärmeren Aktionen. Ein Freund deponirt bei dem andern einen Wagen den er selber unlängst, sei es aus einer Erbschaft erworben. Zunächst fährt der Depositar ohne Erlaubnis im Wagen und schädigt dadurch einiges; er entdeckt ein heimliches Fach von dem vielleicht der Deponent selber noch nicht wusste, nimmt Geld und Wertpapiere die darin sind an sich, verbraucht einiges davon für sich und verbrennt ein wichtiges Dokument; er lässt den Wagen in Schnee und Regen auf offener Strasse stehn, Teppiche und Leder werden gestolen, die Sitzkissen verschleudert, das ganze Wagenfutter verdorben; endlich versucht er den Wagen zu verbrennen, um einer Entdeckung seines Tuns und Lassens vorzubeugen, das Feuer wird gelöscht nachdem einige Holzteile verzehrt sind. Jeder einzelne Vorgang erzeugt einen Anspruch des Deponenten, die Klage wegen aller, desgleichen auf Restitution der Wagenruine ist die *actio depositi*, eine *actio* die nicht aus diesen die Interessen des Deponenten verletzenden Vorgängen sondern aus dem Depositionskontrakt erwachsen ist, eine *actio ex re*. Die Entstehung jedeines

Anspruchs ist abhängig nur von dem erzeugenden Vorgang, unabhängig von allen übrigen; es hätte ebensogut der Depositar nur in Einer Beziehung fehlen, nur dieser Eine oder nur jener Anspruch zur Entstehung kommen können. Ebenso besteht zwischen der Aktion und der Mehrzahl der Ansprüche kein Zusammenhang hinsichts der Entstehung, nur der Anspruch auf Restitution der Sache musste mit der Aktion zugleich durch den Abschluss des Realkontrakts gezeugt werden. Die Unabhängigkeit zeigt sich aber auch darin: die sämmtlichen nachfolgenden die Interessen des Deponenten verletzenden Vorgänge hätten auch bei einem nicht deponirten Wagen sich zutragen können, bei einem kommodirten, oder wo der Täter ohne Kontraktsverhältnis *bonae fidei* oder *malae fidei possessor* gewesen wäre; die Ansprüche möchten an und für sich dieselben bleiben, es ändert sich aber das Mittel mit dem sie zu verfolgen wären, was den praktischen Erfolg nicht unbeeinflusst lässt. Oder denken wir uns nach Massgabe des fr. 1 § 2 commod. 13, 6 den Vertrag geschlossen mit einem Impubes ohne Auktorität des Vormunds:

> *etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non tenetur, quia ab initio non consistit.*

Die Ansprüche sind da, aber es fehlt die Aktion, weil mit dem Impubes allein ein ihn obligirender Kontrakt nicht zu Stande kommen konnte, also was er als Pubes auch tun mag "*in commodati actionem* (die nicht vorhanden) *non ueniet*". Aber vielleicht in andere Aktionen, bald *furti* bald *legis Aquiliae*, vielleicht *doli;* und wenn der Erwachsene schliesslich Reue empfände und "*quidquid se ex commodato dare facere oporteret*" promittirte, so würde an der durchgängigen Zulässigkeit der *a. ex stipulatu* auch kein Zweifel sein.

Die *actiones incerti* also und die in dieselben gehörigen Ansprüche sind betreffs der Entstehung meist unabhängig voneinander, mit der Aktion ist zuweilen ein einzelner Anspruch gegeben, welche weiter entstehen hängt von späteren Ereignissen ab. Bisweilen aber kann mit der Aktion zusammen auch kein Anspruch entstehn, z. B. bei Mandat und Sozietät, oder bei einer Miete von Diensten die erst später unter besonderer Voraussetzung geleistet werden sollen, z. B. wenn in das Haus Einquartierung kommen wird. Andererseits können Ansprüche entstehn die mit keiner, die

mit einer, die mit mehren Aktionen zu verfolgen sind, z. B. *commodati* und *furti*, oder *depositi* und *ex l. Aquilia*, oder wo ein Fidejussor bestellt ist oder ein Vater *de peculio* haftet.

Dieselbe Unabhängigkeit der Ansprüche von einander und von der zugehörigen Aktion besteht auch hinsichts des Untergangs. Ein einzelner Anspruch aus einem Sozietäts- Mandats- Depositions- u. s. w. Verhältnis kann getilgt werden durch Solution oder Satisfaktion oder durch Erlass u. s. w., darum werden doch alle übrigen, und desgleichen die gemeinsame Aktion weiterbestehn. Ja es mögen alle *pro socio* oder *ex mandato* bis jetzt entstandenen Ansprüche heute getilgt werden, und es kann dennoch die *actio* und folgeweise *obligatio pro socio* oder *mandati* sehr wohl fortbestehn, so dass die Befriedigung später neu entstehender Ansprüche nötigesfalls damit zu erzwingen wäre. Es ist nur konsequent dass auch die Aktion für sich, d. h. ohne den Bestand der Ansprüche zu berühren, fortfallen kann, und zwar entweder unersetzt, oder ersetzt durch eine andere Aktion (Novation).

Für den unersetzten Fortfall gibt es kein besseres Beispiel, als das der prozessualischen Konsumption: gesetzt ich sei nach klassischem Recht abgewiesen wegen *pluris petitio* oder es habe Prozessverjährung stattgefunden, so ist die Aktion todt während die Ansprüche fortbestehn, und also nicht blos erfüllt sondern auch erzwungen werden können, sofern nur das Zwangsmittel ein anderes ist als die eben erloschene oder eine andere Aktion "*de eadem re*"; die Zulässigkeit der *soluti retentio*, der Kompensation und der Pfandverfolgung nach Konsumption der Schuldklage stellen die Quellen fest. Dabei mag ausdrücklich bemerkt werden, dass die Konsumption der Aktion für sich alle Ansprüche welche in dieselbe gehören gleich wenig tangirt, die welche mit der Aktion selber zugleich zur Entstehung gelangen nicht mehr als die nachher entstandenen, daher auch zwischen Kondiktionen und Deliktsklagen einerseits und unseren *actiones incerti* andererseits in dieser Beziehung kein Unterschied ist.

Desto wichtiger ist ein anderer Unterschied, und zwar zwischen *actiones certi* und *as. incerti;* er betrifft die Folgen der Pluspetition. Bei der *a. certi*, im klassischen Recht, wegen der geringsten Pluspetition völlige Abweisung, wogegen

illud satis apparet in incertis formulis plus peti non

posse, quia cum certa quantitas non petatur sed quidquid aduersarium dare facere oportet intendatur, nemo potest plus intendere (Gai. IV. 54).

Die Richtigkeit der letzteren Behauptung einstweilen dahingestellt, ist soviel gewis dass bei der *formula incerta* niemals Absolution wegen Pluspetition erfolgt, sondern allemal Kondemnation in das geschuldete, wieviel oder wenig dies sein mag. Vergegenwärtigen wir uns den Verlauf, erst bei der *actio certi*: Absolution wegen der Pluspetition, Konsumption wegen Klaganstellung, der Anspruch also ohne den Schutz dieser oder einer andern Aktion "*de eadem re*", aber doch zahlbar noch und jenachdem erzwingbar. Bei der *actio incerti*: Konsumption auf wieviel von Ansprüchen schon vorhanden und fällig, hiefür *a. iudicati*, übrigens Konsumption der angestellten Aktion und also Aktionsschutzlosigkeit aller mit derselben zu schützenden Ansprüche welche nicht in die gedachte *a. iudicati* fallen, während deren Zahlbarkeit und eventuelle Erzwingbarkeit unverändert andauert.

Die Schwierigkeit des Problems, die Divergenz des Umfangs von Kondemnation und Konsumption zu begreifen, scheint gehoben sobald man anerkennt dass Aktion und Ansprüche verschiedene Grössen sind, deren jede in der vorstehend gezeichneten Art ihre eigenen Schicksale haben kann. Zur weiteren Erklärung der bekannten Erscheinungen des klassischen Römischen Rechts wird meines Erachtens der Nachweis genügen, dass die vorhandenen und fälligen Ansprüche die Höhe der Kondemnation bestimmen, wogegen die Konsumption die Aktion betrifft, welche bei allen Kontrakten je Eine an sich ungeteilte aber nicht unteilbare ist.

II.

Wir lassen zunächst die Konsumptionsfragen beiseit, und wenden uns zu den die Kondemnation bestimmenden Momenten. Darüber wäre viel mehr zu sagen als hier Platz finden kann; indem ich die Lückenhaftigkeit dieser Ausführungen anerkenne verweise ich auf K. XXI und XXII im zweiten Bande, wo wenigstens einige Ergänzungen folgen werden.

Der Bestand der vorhandenen Ansprüche ist allemal von Bedeutung für den Erfolg der Aktion, d. h. für die Kondemnation, doch braucht derselbe keineswegs allein massgebend

zu sein; auch hierin zeigt sich die Selbständigkeit der Aktion. Die Aktion kann gehn auf mehr: man gedenke der Litiskrescenz und der bei Cicero erwähnten Fälle (oben K. IV. 80 f.) wo der Magistrat die Kondemnation mehr oder weniger beliebig bestimmt, gewöhnlich auf das Mehrfache eines vorhandenen Anspruchs. Die Aktion kann gehn auf weniger: der Judex wird angewiesen neben dem Mass der vorhandenen Ansprüche eine andere von dieser völlig unabhängige Schranke einzuhalten, "*duntaxat de peculio*", "*quantum facere potest*". Die Kondemnationsanweisung kann aber auch so gestellt sein, dass der Judex jenachdem bald auf mehr bald auf weniger zu befinden hat:

> fr. 2 pr. de eo q. c. loco 13, 4 (Ulp.): *arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est; aut si actoris, maioris pecuniae fit.*
>
> fr. 8 eod. (Afric.): . . . *hic autem una [stipulatio] pecuniae creditae est, circa cuius exsecutionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur.*

Ebenso spricht Paulus von einer "*pecunia quae ex sententia iudicis accedere potest*" (fr. 10 eod.). Damit ist der Inhalt der Intention ("*quod intentum est*" = *quantum dare facere oportet*) und der Inhalt der Kondemnation, wo zu dem *q. d. f. o.* etwas hinzutreten oder davon etwas abgehn kann, deutlich auseinandergelegt. Die Stellen beziehn sich sämmtlich auf die *a. arbitraria de eo quod certo loco*, die Auffassung der Römer ist aber auch bei andern *as. arbitrariae*, überall wo das *arbitrium iudicis* in Wirkung tritt, keine wesentlich verschiedene. Danach wird auch das von Keller (Hall. L. Z. 46 II. 355—6) und folgeweise von Krüger (Proc. Cons. 70 N. 9) misverstandene fr. 37 de V. S. 50, 16 (Paul. l. 26 ad ed.) zu interpretiren sein:

> *uerbum "oportere" non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest uel pluris uel minoris condemnare, sed ad ueritatem refertur.*

Das "*oportere*" bezeichnet den so zu sagen eigentlichen und wahren Bestand der Obligation, während der Judex veranlasst sein kann nach Umständen auf mehr oder weniger zu kondemniren; bei allen Rechtsgeschäften die über das "*oportere*" geschlossen werden, kommt nur dieser Bestand in Frage, nicht die judiziellen Zu- und Abgänge, wie dies auch im fr. 10 de

eo q. c. loco 13, 4 von demselben Juristen durchgeführt wird. Zu den Umständen aber, welche den Judex zu bestimmen vermögen auf anderes als das wirkliche *dari oportere* zu erkennen, gehört auch der Wille der beteiligten Parteien, fr. 26 de re iud. 42, 1:

si conuenerit inter litigatores quid pronuntietur, non ab re erit iudicem huiusmodi sententiam proferre.

Sollte Ulpian hiebei, was ich nicht behaupten möchte, an eine *pronuntiatio* im Gegensatz zur *condemnatio* gedacht haben, so wird es doch keinem Zweifel unterliegen, dass das für jene gesagte auch bei dieser gelten muss.

Aber trotz alledem bleibt wahr, dass an erster Stelle die vorhandenen Ansprüche den Umfang der Kondemnation bestimmen; der Judex kann davon abweichen aus diesem und jenem Grunde, wo diese Gründe fehlen sind die Ansprüche allein und durchschlagend massgebend. Es ist nun näher zu prüfen, welche Ansprüche in dem einzelnen Prozesse zur Beachtung kommen, "*ueniunt in actionem*" oder "*in actione*", "*deducuntur in iudicium*". Allgemeine Erfordernisse sind

1) die Ansprüche müssen zu der Aktion die angestellt worden im Verhältnis der Zugehörigkeit stehen; ist die Klage *ex empto* so sind damit Ansprüche aus Darlehn oder Delikt nicht zu verfolgen.

2) Unter den zugehörigen haben nur die bereits fertig vorhandenen Berücksichtigung zu erfahren. Dies gilt nicht ohne Unterschied, und zwar ist zu unterscheiden: einmal ob die fraglichen bei der Litiskontestation noch nicht fertig vorhandenen Ansprüche bis zum Erkenntnis vorhanden und fertig werden, oder erst nach dem Erkenntnis; zweitens, je nach dem was zum fertigen Vorhandensein fehlt. So könnte beispielsweise der Anspruch dasein aber noch nicht fällig sein, er könnte dem Umfange nach bestimmt aber sein Eintreten von einer Bedingung abhängig sein, oder, wie etwa ein Anspruch auf Entschädigung wegen möglicher Verletzung, dem Ob und dem Wieviel nach von zukünftigen Ereignissen abhangen, möglich auch dass von den zu seiner Begründung erforderlichen Momenten noch keines in der Wirklichkeit vorhanden anzutreffen wäre.

A. Der Anspruch wird nach der Litiskontestation aber vor dem Erkenntnis perfekt, ist er in die Kon-

demnation aufzunehmen? Man hat die Verneinung allgemein herauslesen wollen aus

> fr. 23 de iud. 5, 1 (Paul.): *non potest uideri in iudicium uenisse id, quod post iudicium acceptum accidisset; ideoque alia interpellatione opus est.*
>
> fr. 35 eod. (Iauol.): *non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse et uel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse uel de his rebus quae postea in obligationem aduenturae sunt. nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit, iudicium uero antequam aliquid debeatur non posse.*

vgl. Savigny System VI. 64 f. Mit Lebhaftigkeit ist auch Briegleb Verm. Abh. I. 150 hiefür eingetreten: eine Klage, die zur Zeit der Litiskontestation noch nicht begründet war, soll dadurch dass im Lauf der Verhandlung ein nach der Litiskontestation entstandener Klaggrund geltend gemacht wird, regelmässig nicht haltbar werden. Seine Argumentation drängt dahin auch der an sich begründeten Aktion die einzelnen nach der Litiskontestation erst erwachsenen Ansprüche fernzuhalten:

> die Verhandlung *in iure* muss dem Beklagten vor allem Gelegenheit geben dem Judizium zu entgehn, und wenn er dies nicht kann oder will, auf die seinem Interesse entsprechende Anordnung des Judiziums hinzuarbeiten. Das kann mit Erfolg nur geschehn gegenüber individuell bestimmten Klaganträgen. Ob er diese wie sie vorliegen anerkennen und damit dem Judizium durch eine *confessio in iure* entgehn will, oder ob er dem Judizium oder einem bestimmten Judex durch dilatorische Einwendungen gegen die vorliegenden Klaganträge ausweichen will u. s. w.

Gerade wer die Tendenz der Brieglebschen Ausführungen billigt, muss einer irrtümlichen Begründung seiner Sätze desto entschiedener entgegentreten. Die Bezugnahme auf das Römische Verfahren *in iure* ist nicht glücklich. *In iure* hat der Kläger nur die *actio* anzugeben die er anstrengen, nicht die einzelnen Ansprüche die er damit verfolgen will; ich erbitte mir die *actio tutelae*, *mandati*, *pro socio*, aber ich brauche vor dem Prätor nicht auszuführen welche einzelnen Ansprüche ich

damit wider den gewesenen Tutor wider Mandatar und Sozius zu verfolgen gedenke. Wir können dreist behaupten dass die Magistrate keine Zeit gehabt so detaillirte Verhandlungen vor sich führen zu lsssen; wir haben keine Spuren dass das je geschehen; die Anführung der Ansprüche hätte von Bedeutung sein, die Nichtanführung von der Verhandlung *in iudicio* ausschliessen müssen, aber auch hievon keine Spur, kein Zusatz der Formel der dies vermittelt hätte. Dagegen haben wir direkte Zeugnisse für die Oberflächlichkeit der Verhandlungen *in iure*: für die ältere Zeit Ciceros Rede *pro Q. Roscio*, gehalten *in iudicio* während doch noch nicht feststand, ob der Klagegrund Numeration Stipulation oder Expensilation; für die neuere Ulpian:

> fr. 61 pr. de iud. 5, 1: . . . . *melius est dicere id uenire in iudicium, non de quo actum est ut ueniret, sed id non uenire de quo nominatim actum est ne ueniret.*

"Was nicht namentlich ausgeschlossen, kommt in das *iudicium*, mag es *in iure* erwähnt sein oder nicht". Wieder eine Mahnung Römisches und heutiges Recht sauberer auseinanderzuhalten: wir haben in unserem Prozesse keinen Abschnitt *in iure* mehr, und nichts berechtigt die Regeln welche die Römer für jenen entwickelt haben ohne weiteres auf unser erstes Verfahren zu übertragen. — Damit wären wir nun aber auch blos so weit gediehen, dass in den Einrichtungen des Verfahrens *in iure* Nichts lag, was verhindert hätte nach der Litiskontestation erwachsene oder fertig gewordene Ansprüche *in iudicio* zu berücksichtigen; ob und wo dies zulässig gewesen, erscheint übrigens noch als offene Frage. Bedenkt man nun einmal wie Verschiedenartiges unter dem Existent- und Fertigwerden der Ansprüche zu verstehn ist, zweitens wie überhaupt die Römische Jurisprudenz gerungen und geschwankt hat betreffs der Frage, welche Bedeutung den zwischen Litiskontestation und Erkenntnis eintretenden Ereignissen beizulegen sei, so muss auch hier auf Zweifel und Widerspruch zu stossen von vornherein wahrscheinlich dünken. Klar ist

> fr. 17 mand. 17, 1 (Paul.): *si mandauero tibi ut a Titio decem exigeres et ante exacta ea mandati tecum egero, si ante rem iudicatam exegeris condemnandum te esse constat.*

Hätte Titius ein Generalmandat von mir gehabt, so könnte nicht anders zu entscheiden sein; desgleichen, wenn er zwischen Litiskontestation und Erkenntnis nicht etwas getan sondern etwas unterlassen hätte, wodurch mir wider ihn ein Anspruch erwachsen wäre.

Konsequenterweise müsste das ebenso bei allen andern ähnlichen Kontrakten gegolten haben. Und wenn diejenigen Ansprüche Berücksichtigung finden sollten, deren sämmtliche Zeugungsmomente nach der Litiskontestation ins Leben treten, so durften diejenigen (z. B. bedingte und betagte Ansprüche), bei denen einige derselben Momente schon vor der Litiskontestation zurückliegen, von der Hereinziehung in die Kondemnation erst recht nicht ausgeschlossen bleiben. — Im Einklang hiermit stehn

fr. 16 pr. de H. P. 5, 3 (Ulp.): bei der *H. P.* werden betagte und bedingte Ansprüche beim Erkenntnis berücksichtigt, falls Termin oder Bedingung vor demselben eintreten (*"secundum Octaueni sententiam ut apud Pomponium scriptum est"*); desgleichen bei der *a. ex stipulatu.*

fr. 9 § 5 de pign. a. 13, 7 (Ulp.): *qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte egit, tamen si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest consequi.*

fr. 1 § 21 depositi 16, 3 (Ulp.): *inde scribit Neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit, et post iudicium acceptum reciperaretur, nihilo minus recte ad restitutionem reum compelli, nec debere absolui nisi restituat. idem Neratius ait, quamuis tunc tecum depositi actum sit cum restituendi facultatem non habeas, horreis forte clausis, tamen si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te nisi restituas, quia res apud te est; tunc enim quaerendum an dolo malo feceris, cum rem non habes.*

Analog dass der Besitz des Beklagten, nach der im Corpus Juris anerkannten Ansicht bei der *rei uindicatio*, *hereditatis petitio*, *a. ad exhibendum* nur zur Zeit der Kondemnation erfordert wird:

fr. 30 pr. de peculio 15, 1 (Ulp.): . . . . *idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit* [*Proculo et Pegaso*?], *quae sententia et a nobis probanda est.*

fr. 27 § 1 de R. V. 6, 1 (Paul.): . . . . *probanda est Proculi sententia* . . . fr. 8 ad exhib. 10, 4 (Iul.).
fr. 18 § 1 de H. P. 5, 3 (Ulp.): *et Celsus recte scribit* . . . .
fr. 4 eod. (Paul.); fr. 41 pr. eod. (Gai.).
fr. 7 § 4 ad exhib. 10, 4 (Ulp.); fr. 8 eod.; fr. 30 pr. de pecul.

Auch harmoniren damit folgende Erwägungen: ich klage wider Sozius Mandatar u. s. w. in der Absicht alle Forderungen aus dem Kontrakt mit Einer Klage zu erledigen, während des Prozesses verstösst der Beklagte noch einmal wider seine Kontraktspflichten, kann der hieraus resultirende Anspruch in diesem Prozesse nicht mitverfolgt werden, so werde ich auf die aktionsmässige Verfolgung überhaupt verzichten müssen, da ich ohne jeden Vorbehalt geklagt habe. Ferner: im Justinianischen Recht ist das „*iudicia absolutoria esse*" allgemeine Regel, die Satisfaktion befreit so gut wie Solution, und konsequent nimmt man an dass auch die bei der Litiskontestation betagten und bedingten Forderungen wenn sie vor der Kondemnation noch fällig werden zur Kompensation kommen (vgl. Dernburg Comp. II. Aufl. 481); und dann sollte es dem Kläger verwehrt sein mit den inzwischen auf seiner Seite fällig gewordenen Ansprüchen zu repliziren?

Nach alledem werden zwei Fragen auseinanderzuhalten sein:

Wenn einmal eine *actio incerti* gegeben worden, waren in derselben auch nach der Litiskontestation aber vor der Schlusssentenz perfekt werdende Ansprüche zu berücksichtigen?

Aus den bereits angeführten Gründen halte ich die Bejahung für zweifellos, umsomehr als, wie unter B, zu entwickeln ist, auch erst nach der Schlusssentenz zur Perfektion gelangende Ansprüche unter Umständen Berücksichtigung finden konnten. Zweifellos nach dem Sinne der neuesten Pandektenjuristen; früheren Dissens leugne ich keineswegs, und halte es für sehr wahrscheinlich dass auch danach Unterscheidungen versucht sind, was den verschiedenen Ansprüchen vor der Litiskontestation zur Perfektion gefehlt. — Die eingehende Betrachtung von fr. 23 de iud. mag bis unter V. ausgesetzt bleiben.

Die andere Frage:

Ist die Aktion, Formel und Judex, von dem Magistrat

zu gewähren wenn zur Zeit noch keine in die Aktion gehörigen Ansprüche fertig vorhanden (fällig, perfekt) sind? Die Antwort teilt sich: eigentlich soll es nicht geschehn, aber es kann doch geschehn, und in solchem Falle ist die gegebene Aktion gültig. Und das begreift sich sehr wohl: erklärte Kläger *in iure* nur wegen zukünftiger Ansprüche eine Aktion zu begehren, so war der Prätor voll berechtigt ihn abzuweisen, die Prozesse der klassischen Periode sollten binnen relativ kurzer Zeit erledigt werden, es war sinnlos auf ungewisse Zukunft sie einzuleiten, und gewissenlos sie da zu geben, wo nach des Klägers eigener Ausführung Abweisung und Verlust der Res gewis war. Aber in den meisten Fällen liess sich der Kläger über seine Ansprüche *in iure* gar nicht aus: alsdann lag, seitdem überhaupt nach der Litiskontestation fällig gewordene Ansprüche beachtet werden konnten, kein Grund vor die gutgläubig gewährte Aktion nichtig zu erklären.

Beweisstellen für die eigentliche Unzulässigkeit der Aktion, die der Prätor verweigern sollte: die voraufgestellten fr. 23 fr. 35 de iudic.; fr. 9 § 5 de pign. act.: "... *non recte egit*". Der Ausdruck entspricht dem Sprachgebrauch welcher die Nativität der Kontraktsklagen und Quasikontraktsklagen an die verletzenden, Anspruch erzeugenden Ereignisse statt an Kontrakt und Quasikontrakt selber anknüpfen möchte: c. 5 pro socio 4, 37 (Diocl. et Max.), dazu Zschr. f. R. G. IX. 378 f., und ausser dem dort citirten Material besonders noch fr. 13 § 8 de A. E. V. 19, 1 (Ulp.): .... *nondum est ex empto actio.* Dafür dass wider diese Regel gegebene Aktionen doch zur Verurteilung führen konnten: fr. 9 § 5 cit., fr. 17 mandati, fr. 16 pr. de H. P. betreffs der Stipulationsklagen. Indirekt alles was für die Berücksichtigung bei der Litiskontestation noch nicht perfekter Ansprüche überhaupt zu sagen ist.

B. Ansprüche die erst nach dem Erkenntnis perfekt werden. Selbstverständlich dass diese nicht in die Kondemnation kommen, wol aber können sie in der Art berücksichtigt werden, dass der Judex Kautionen verordnet. Aus allen Bonaefideigeschäften kann nach Umständen selbständig auf Kautionsleistung wegen noch nicht fälliger Ansprüche geklagt werden, fr. 41 de iudic. 5, 1 (Papin.), die "*ad interponendam cautionem*" angestrengte Aktion hat ein schon gegenwärtig erreichbares Ziel, und unterliegt daher dem Verbot der *con-*

ceptio in futurum nicht. Desgleichen soll bei allen Bonaefideiklagen welche mehre Ansprüche umfassen der Arbiter wegen der etwa noch zukünftigen "*cautionibus prospicere*" fr. 38 pr. pro socio 17, 1 (Paul.); ebenso bei der *hereditatis petitio* betreffs der bedingten und betagten vor der Sentenz nicht perfekt werdenden Ansprüche fr. 16 pr. de H. P. 5, 3. Aber auch bei Aktionen die *stricti iuris* sind, kann der Richter wo erforderlich die Kautionsleistung verfügen fr. 71 § 1 de leg. I. (Ulp.).

Soviel von der Möglichkeit nicht perfekte Ansprüche im Erkenntnis zu berücksichtigen.

3) Uebrig ist jetzt noch die Erledigung der Frage, welche Ansprüche im besonderen als wirklich *in iudicium* deduzirt anzunehmen sind. Da aber hier die Fragen der Kondemnation und der Konsumption zusammentreffen, wird es zweckmässig sein voraufzustellen was über den Ursprung und die Entwickelung der Konsumptionsregel nachzutragen ist.

III.

Bekannt ist uns die Konsumptionsregel in der Fassung "*bis de eadem re ne sit actio*"; die wichtigsten Zeugnisse hatte ich in meiner Proc. Consumption § 3 zusammengestellt und daran im § 4 die Behauptung geknüpft, dass die Regel entweder aus einer Lex oder aus dem alten *ius ciuile* stammen möchte, wahrscheinlich sei letzteres. Der Rezensent meiner Schrift in Gersdorfs Repertorium hatte den seltsamen Einfall den Ursprung im prätorischen Edikt zu suchen; mit Gründen sind Pöschmann, Schletters Jahrb. II. 189—91, und Krüger, Proc. Cons. § 1, für die legitime Entstehung eingetreten, und zwar sieht Pöschmann, der das Stellenmaterial in sehr dankenswerter Weise erweitert hat, eine *lex Petronia* aus dem vierten oder fünften Jahrhundert der Stadt, Krüger aber die *lex XII. tab.* als den Urquell an. Wider Pöschmann schon Rudorff, R. R. G. II. § 78 N. 1, a. E., und was ich wider Krüger zu bemerken habe kehrt sich zum grösseren Teil auch gegen die andere Vermutung.

Für besonders wichtig kann ich die Frage noch immer nicht halten, glaube aber doch dass wenn der Satz ein gesetzlicher, gar ein zwölftafelmässiger gewesen sein sollte, ihm grössere Steifheit und Unwandelbarkeit zugekommen sein

würde als einem Produkte der die Praxis beherrschenden Rechtskundigen. Bei einem Zwölftafelstück wären auch die Worte selber von Bedeutung gewesen, man hätte nicht sobald gewagt ihnen eine andere moderne Fassung zu substituiren; und da das "*bis de eadem re ne sit actio*" nichts weniger als zwölftafelmässig klingt (zum wenigsten wäre "*ne esto*" zu erwarten, aber auch das "*de re actio*" ist bedenklich), so zeugt schon die Fassung der Ueberlieferung bei einem so guten Gewährsmann wie Quintilian weit kräftiger wider die Krügersche Konjektur als der im Ausdruck nichts weniger als ängstliche Julius Viktor je vermöchte; "*lex*" ist die Rechtsregel die er eben benutzt, was kümmert ihn der Ursprung. — Ich wiederhole zudem das Argument das in dem Quintilianischen "*quod scriptum est*" liegt; man achte darauf, wie unverhältnismässig häufiger damit auf die Werke der Juristen als auf den Inhalt von Gesetzen oder Edikten gewiesen wird.

Dann aber kommen noch einige Zeugnisse in betracht, die auch Pöschmann entgangen zu sein scheinen. Unsere Regel ist Plautus ebenso wohl bekannt wie Teranz:

Pseud. I. 3, 27: . . . . . . *mortua*
uerba re nunc facis, stultus es, rem actam agis.
Cist. IV. 2, 36: *actam rem ago, quod periit periit.*
cf. Rud. prol. 19: *iterum ille [Iuppiter] eam rem iudicatam iudicat;*
maiore multa multat quam litem auferunt.
Most. III. 1, 122 s. indirekte Anspielung.

"*actam rem agere*" (beiläufig an Krügers filologischer Bemerkung Proc. Cons. 163 N. 3, ist wol nur soviel richtig, dass wir "klagen" nicht transitiv zu brauchen pflegen) muss schon damals sprichwörtlich gewesen sein; die Abweichung von der spätern Fassung ist ersichtlich. Lehrreicher aber noch ist

lex repetundarum a. u. c. 631 u. 632:
74: [*de rebus ante iudicatis factisue. queibus quom ioudicium*] *fuit fueritue ex lege quam L. Calpurnius L. f. tr. pl. rogauit, exue lege quam M. Iunius D. f. tr. pl. rogauit, quei eorum eo* [*ioudicio apsolutus uel condemnatus est eritue, quo*] *magis de ea re eius nomen hace lege deferatur quoue magis de ea re quom* [*eo ex hace lege agatur, eius hace lege nihilum rogato*] . . . . .
75: . . . . [*queique contra hance legem fecisse dicentur,*

nisii lex rogata erit antequam ea res facta] erit quom eis hace lege actio nei esto.

cf. 81, 82 gemin.

Trotz der Gemination sind die Ergänzungen der Lücken nicht ganz zweifellos; doch steht immer soviel fest, dass hier die Konsumptionsverhältnisse der Klagen aus den verschiedenen *leges repetundarum* geregelt werden sollen.

Es dürften im Römischen Rechte nicht viele Beispiele sich finden, wo die Anwendung der Vorschriften bestehender Gesetze durch neue Gesetze bestimmt wurde; das blieb der Jurisprudenz überlassen, Gesetze schaffen neues oder beseitigen altes Recht. Am wenigsten aber mochte man Interpretationsgesetze an die Zwölftafeln anschliessen deren besondere Heiligkeit noch Ciceros Zeitgenossen anerkannten; die Gefahr mit der vermeintlichen Auslegung doch vielmehr dem alten Recht zu derogiren hätte zu nahe gelegen. Ganz anders wenn die Regel bisher ohne gesetzliche Sanktion bestanden, in der Juristenwelt und im Volksmund in zwar festen aber doch nicht unwandelbaren Formen umlief, und hinsichts ihrer Ausdehnung schon zu vielen Zweifeln Anlass gegeben hatte.

IV.

Nach dem vorstehend Ausgeführten möchte die Konsumptionsregel unter diejenigen Rechtssätze zu stellen sein, welche gleichsam den allgemeinen Teil der "*legis actiones*" bilden. War ein Kläger mit seiner Sache nicht durchgedrungen und wollte nun neue Klage erheben, so liessen die Prozessleiter dies einfach nicht zu; wer so eben *de uitibus succisis* abgewiesen war, der konnte danach auch *de arboribus succisis* nicht mehr agiren. "*ipso iure agi non poterat*" (Gai. IV. 108) d. h. genau genommen er konnte es nicht mehr zur Litiskontestation bringen; damit stimmt Terenz Phorm. II. 3, 59: ". . . *bis iudicium adipiscier*", desgleichen die Fassung der *l. repetundarum l. c.* die wenn auch aus relativ später Zeit darum von Bedeutung ist, weil sie auf Legisaktionen und den Legisaktionen verwandtes Verfahren sieht.

Bei Sachen *in personam* war es möglich die Prüfung der Konsumptionsfrage jenachdem dem Richter zu überlassen, er musste wissen dass durch die frühere Klaganstellung das *dari oportere* vernichtet war, und hatte danach zu sprechen.

Aber die Konsumption kann sich nie lange auf persönliche Klagen beschränkt haben, sie war bei dinglichen ganz ebenso unentbehrlich. Hier hat der Richter darüber zu sprechen, ob "*res Agerii est ex i. Q.*", und dies "*rem Agerii esse*" konnte keine Klagenkonsumption aufheben. Sollte also die Konsumptionsfrage bei diesen Klagen nicht immer *in iure* entschieden sein, so müsste man annehmen dass dem Judex für das Judizium zwei gesonderte Untersuchungen übertragen worden, über das Eigentum und über die Konsumption, und dass die Uebertragung der zweiten Untersuchung entweder gleichfalls eine förmliche, oder im Gegensatz zur ersten eine unförmliche gewesen sei. Mich dünkt das eine so wenig glaublich wie das andere, an sich und unter Bezugnahme auf das "*nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum*".

Die Konsumption kehrt sich zunächst wider die Aktion: mit der Litiskontestation verliere ich die Möglichkeit nochmals zu klagen, die "*actio*" in diesem gangbarsten Sinne "*tollitur, consumitur actio*". Windscheid (Actio 51 f.) sagt nach den Quellen sei es nicht sowol die Aktion als die Obligation die aufgehoben werde, er bezieht sich auf

Gai. III. 180, 181. IV. 131.

fr. 2 de duob. r. 45, 2 (Iauol.): . . . *petitione unius tota soluitur obligatio.*

fr. 5 de fidei. 46, 1 (Ulp.): . . . *plane si ex altera earum egerit utramque consumet, uidelicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altero consumeretur.*

Aber auch die Stellen sind gar nicht selten, in denen, entsprechend dem "*bis ne sit actio*", von Aufhebung der „*actio*" wörtlich gehandelt wird:

fr. 28 § 4 de iurei. 12, 2 (Paul.), fr. 30 § 3 eod. (eiusd.); fr. 6 commod. 13, 6 (Pomp.) u. a.

Ich stimme vollständig mit W. überein wenn er hiezu bemerkt "Wer einmal Actio erhalten hat, dem wird sie nicht zum zweiten Male gegeben . . . Ist er aber ohne Actio, so ist er auch ohne Obligatio, . . . durch die Aufhebung der Actio wird auch die Obligatio aufgehoben". Nur in der Erklärung der Erscheinung kommen wir etwas auseinander. Er meint

Actio ist ein anderer Ausdruck für das obligatorische Recht, indem jemandem *actio* und *obligatio* zugeschrieben

wird, wird ihm zweimal dasselbe zugeschrieben, jedesmal in einer besondern Sprache".

Ich glaube vielmehr dass nicht blos Ausdruck und Sprache, sondern auch Anschauung und Begriff auseinanderfallen. *Obligatio* ist das durch das Dasein der *actio* bewirkte Gebundenheitsverhältnis, mit der *actio* muss dies "*actione teneri*" hinfällig werden, das "*obligationem tolli*" muss dem "*actionem tolli*" unmittelbar folgen, und es kann nicht eintreten wo nicht auch "*actio sublata*" wäre. Aber trotz der notwendigen Gleichzeitigkeit des Geschehens bleibt, doch der Unterschied: "*actionem consumi*" bezeichnet die Aufhebung des Wirkenden, des Bindenden, "*obligationem consumi*" die der Wirkung des Gebundenseins. (Vgl. hiezu Einleit. 4 f., und Zschr. f. R. G. IX. 385 f., bes. 388, 389).

Der zerstörende Einfluss auf die Aktion, und damit, wo diese wider eine Person geht, auch auf die Obligation, ist unabhängig von der Fassung, er resultirt aus dem ersten noch unfertigen Gedanken der Regel. Man sollte nicht zweimal mit demselben kommen. Hat die Gesetzgebung sich nicht eingemengt, so mag das längere Zeit gegolten haben ohne zu fester Form durchzudringen; "*actam rem agere non licet*", "*nemo potest*", und was dergleichen mehr gewesen; wir wissen eben nur, dass das "*actam rem agere*" sprichwörtlich geworden. Aber mit der reicheren Entfaltung des Rechts konnten auch die Zweifel bei Anwendung der Regel nicht ausbleiben, wenn andere Personen wiederkehrten, dieselbe Aktion auf ein anderes Objekt gerichtet, oder dasselbe Objekt mit einer andern Aktion gefordert wurde, stand dann immer das "*actam rem agi*" entgegen? oder wann? Man fordert Gleichmässigkeit der Entscheidungen, und braucht ein festes Prinzip: so kommt das "*bis de eadem re ne sit actio*" zu stande. Richtig war damit ausgesprochen, dass die *actio* selber das eigentlich massgebende Moment nicht sei, und dass "*res*" und "*actio*" zweierlei sei. Rein logisch lässt sich der Sinn der also gefassten Regel dahin angeben:

jede weitere *actio* über dieselbe *res* ist unzulässig;
die *res* aber, über welche einmal agirt worden, ist des Aktionsschutzes beraubt.

Um aus dieser Regelfassung wirklich befriedigende Resultate zu erhalten, war unumgänglich den Gegensatz von "*res*" und

"*actio*" fertig auszudenken, und den Begriff der "*res*" ebenso fest abzuschliessen wie den der "*actio*". Dies ist aber den Römern nie ganz und völlig gelungen, sonst würden sie den Begriff, den wir mit dem Wort "Anspruch" verbinden, nicht im Halbnebel haben stecken lassen.

Wer von einer "*actio de re*" reden will, der muss wissen und festhalten dass "*actio*" das eine und "*res*" das andere ist. Oft, man kann sagen gewöhnlich, sehn wir beides auseinandergehalten, bei Gelegenheit aber auch wieder in einander aufgehn. Ein solcher meist von bedenklicher Unklarheit zeugender Ausdruck ist das nicht selten wiederkehrende "*rem perdere*" und "*rem perire*": blieb "*res*" im strengen Gegensatz zur "*actio*" so wäre das "*perdere, perire*" nicht an der Stelle, diese "*res*" geht nicht unter sondern wird nur klaglos; soll aber das "*perire*" wahr sein, so kann auch "*res*" nichts von "*actio*" wesentlich unterschiedenes bezeichnen; bisweilen scheint "*rem perdere*" auch mit unserem "einen Prozess verlieren" übereinzukommen, wo also beide Wörter "*res*" und "*perdere*" lax gebraucht wären.

Ich übergehe die Berichte von Zweifeln und Kontroversen, zu welchen unsere Regel Grund gegeben: wären die Römischen Juristen mit dem Begriff der "*res*" zum Abschluss gelangt, so hätten sie auch angeben können wann "*eadem res*" vorhanden. Offenbar haben sie die Notwendigkeit der Lösung dieses Problems empfunden, sie kommen immer wieder darauf zurück, und mühen sich ab nach Möglichkeit ohne doch mit ihrer Theorie vom Fleck zu kommen.

Auch die Kompilatoren haben die Wichtigkeit der Sache nicht verkannt. Sie haben in den Titel de exceptione rei iudicatae eine Stelle Ulpians aus l. 74 ad edict. aufgenommen, die augenscheinlich nicht im Hinblick auf Konsumption und *exceptio r. i.* geschrieben ist, sondern die nach Stellung der *cautio iudicio sisti* zulässigen Modifikationen betrifft; sie müssen das wol für das Beste gehalten haben, das über die Identität der *res* aufzutreiben war; und was sagt Ulpian in diesem fr. 5:

> *de eadem re agere uidetur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re.*

man sollte meinen das hätte Gemeingut sein müssen, seitdem die Regel "*bis de eadem re*" bekannt geworden.

"*utputa*" knüpft ein paar Beispiele an, dann fährt der Jurist fort:

recteque ita definietur, eum demum "de ea [eadem] re" non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur; ceterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diuerso genere actionis quam instituit, uidetur "de ea re" agere.

Zu der negativen Aufstellung, dass die Aktion die Identität der Res nicht bedinge, kommt positiv also nur das hinzu: "*de ea re agit qui de ea re agit*".

Ebensowenig hat ein Versuch Julians, den ich früher (Proc. Cons. 272 f.) höher schätzen zu müssen glaubte, zur Förderung beigetragen. Ulpian berichtet an zwei Stellen davon mit derselben Anwendung auf das Verhältnis einer *hereditatis petitio* zur *petitio singularum rerum*:

fr. 3 eod. (l. 15 ad. ed.): *Iulianus l. III. digestorum respondit, exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas reuocatur.*

cf. fr. 7 § 4 eod. (l. 75 ad ed.): . . . . *reuocatur uel alio genere iudicii.*

"*eadem quaestio*" kann hier nicht sein "dieselbe Frage" die vor Gericht wiederkehrt; die *exceptio r. i.* an diese Voraussetzung zu knüpfen war geradezu unmöglich, sonst hätte wenn heute in einer Vindikation wider Numerius entschieden wäre "*Agerium Titii heredem esse*", morgen L. Agerius eine von demselben Titius ererbte Forderung verfolgen wollte, Numerius mit dieser Exception sich schützen können. Das höchste was auch namens der rechtbildenden Kraft der Erkentnisse zu verlangen, wäre dass bei der Wiederkehr der "*eadem quaestio*" die Entscheidung des ersten Richters ohne weiteres angenommen werden müsste. In diesem Sinne kann also Julian das "*eadem quaestio*" nicht gebraucht haben; sondern in welchem andern? Da er sich nicht näher darüber ausgelassen, bleibt es immer noch möglich dass er in Gedanken über das von andern Juristen erreichte hinausgegangen, aber da er von diesem Fortschritt keine nähere Rechenschaft gibt, so hat er ihn eventuell auch nur für sich allein gemacht, anderen nichts damit gedient. Das zeigt sich deutlich darin, wie sonst auf die "*eadem quaestio*" bezug genommen wird:

fr. 7 § 1 eod. (Ulp.): . . . . *et quidem ita definiri potest,*

totiens eandem rem agi, quotiens apud iudicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est. fr. 19 eod. (Marcell.): . . . *eandem enim quaestionem reuocat in iudicium.*

Bei Marcellus ist "*eadem quaestio*" geradezu nur ein anderer Ausdruck für das sonst gebräuchliche "*eadem res*", und ganz ebenso bei Paulus fr. 28 § 4 de iurei. 12, 2. Dem entspricht auch dass schon Neraz fr. 21 de except. 44, 1 ein "*quaestionem in iudicium deduci*" kennt. Schliesslich also läuft alles auf die Substitution eines Wortes, "*quaestio*" statt "*res*" hinaus. (Aehnliches schon von Dernburg krit. Zschr. II. 349 f. ausgeführt).

Am ergiebigsten für die Bestimmung der Identität und überhaupt des Begriffs der "*res*" sind und bleiben die Parallelstellen fr. 27 de exc. r. iud. von Neraz und fr. 12—14 pr. eod. von Paulus, mit Einschaltung eines kleinen Bruchstücks (fr. 13) von Ulpian. Insbesondre erscheint der Ausdruck von Neraz zutreffend:

cum de hoc an eadem res sit quaeritur,
haec spectanda sunt:
personae — id ipsum de quo agitur — causa proxima actionis.

Zu bedauern nur dass das letzte, und eigentlich entscheidende Moment "*causa proxima actionis*", kein völlig ausgetragener Begriff ist. Dass *causa proxima* allemal, wie ich früher (Proc. Cons. § 19) nachzuweisen suchte, eine Rechtsverletzung sei, das wirft, abgesehn von der auch übrigens erweislichen Unhaltbarkeit der Meinung, schon Brinzs (Pand. I. 157) Hinweis auf das unmittelbar folgende "*qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset*" über den Haufen. Ich muss aber bekennen über die Frage, welchen Begriff Neraz mit dem "*causa proxima actionis*" einer "*causa quae competat actori*" verbinde, auch nach den Ausführungen von Wetzell (System § 16) und Briegleb (Verm. Abh. I. VI. 159—68) nicht recht hinauszukommen. Doch trifft hier die Römer wol der grössere Teil der Schuld; denn wenn die schon von Neraz ausgedachte "*proxima causa actionis*" wirklich nutzbar gewesen, so wäre es auffällig dass Paulus dieselbe mit dem nüchternen "*causa petendi*" wiedergibt, und völlig unbegreiflich dass Ulpian von der Identität nur zu sagen weiss, *eadem res* sei *eadem res.*

V.

Wo Römische Juristen mit einer über die Launen des Einzelnen weit hinaustragenden Konsequenz theoretische Untersuchungen verfolgen, ist anzunehmen, dass der Anstoss von einem praktisch empfundenen Bedürfnis gegeben wurde; ferner, dass so unbedeutende Ergebnisse der Theorie auch die Praxis nur wenig fördern konnten. Zweifel und Widerspruch müssen also auch in der Praxis der Zeit bestanden haben, aus der die eben behandelten Quellenstücke stammen. Offenbar häuften sich die Schwierigkeiten zumal an zwei Punkten: wo es scheinen wollte, dass derselbe Anspruch mit einer andern Aktion verfolgt, und dass dieselbe Aktion zur Verfolgung anderer Ansprüche wiederholt werde. Aus vielen Details hier nur einige.

Zunächst wenden wir uns wieder unserm Ausgangspunkte, der *a. incerti* und den in ihr erhaltenen Ansprüchen zu. Ich wiederhole dass es leicht ist die zwischen der Konsumption und der Kondemnation bestehenden Differenzen zu erklären, sobald man die Aktion als die eine, und die Ansprüche als die andere von jener unterschiedene Grösse betrachtet: "*consumitur actio*", also bestimmt der Umfang der Aktion auch den der Konsumption, während die Kondemnation nicht über die vorhandenen Ansprüche hinausgreifen darf.

Es handelt sich darum, diese an sich einfachen Sätze mit der Fassung der Konsumptionsregel und mit der Formelfassung in Einklang zu bringen, wobei einzelne Stellen Bedenken erregen. "*bis de eadem re ne sit actio*": danach sollte die angestregte *actio* nicht mehr, wie vielleicht früher, ganz sondern nur soweit konsumirt sein, wie die *res* der ersten Aktion reicht; wegen einer andern *res* dieselbe Aktion zu wiederholen verbietet wenigstens der Wortlaut der Regel nicht. Damit übereinstimmend die Fassung der Exceptionen welche in der späteren klassischen Zeit die gewöhnlichen Organe der Regel sind:

si ea res iudicata — in iudicium deducta non sit.

Es muss dieselbe Res, die jetzt verfolgt wird, schon einmal judizirt, oder schon einmal ins Judizium deduzirt sein; dass dieselbe Aktion schon wegen einer andern früher judizirten oder doch deduzirten Res benutzt wäre, würde nicht hindern. Der Aktion beraubt sind alle aber auch nur die Res,

die in das Judizium der zuerst angestrengten Aktion hineingeraten sind.

Nun wissen wir aus Gai. IV. 131, übereinstimmend Cicero de orat. I. 168, dass wo die *a. incerti* ohne einschränkenden Zusatz gebraucht wurde, auch die "*futura obligationis praestatio*", desgleichen der Anspruch auf Tradition der *uacua possessio*, falls jetzt Kläger nur die Mancipation begehren sollte, der Konsumption unterlagen. Dieselben mussten demnach durch die uneingeschränkte *a. incerti* auch *in iudicium* deduzirt werden. In den Worten von Gajus ist nichts was dem widerstrebte, eher das Gegenteil

> .... *futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur, praestatio uero adhuc nulla est. si ergo uelimus id quidem quod praestari oportet petere et in iudicium deducere, futuram uero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est, etc.*

Offenbar ist das "*in integro relinquere*" der Gegensatz des "*petere et in iudicium deducere*"; ist nun jenes nur mittels der Präskription zu erreichen, so folgt dass wo ohne Präskription geklagt würde, auch betreffs des Zukünftigen "*petere et in iudicium deducere*" stattfände.

> *alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula qua incertum petimus, cuius intentio his uerbis concepta est "quidquid paret Nm. Ao. dare facere oportere", totam obligationem, id est etiam futuram in hoc iudicium deducimus, et quae ante tempus obligat* ....

Von "*tempus obligat*" .... ab unsicher gelesen; aber das "*totam obligationem, id est etiam futuram in hoc iudicium deducimus*" ist völlig sicher. Noch ist anzuführen aus der Mitte von 131a:

> ..... *sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione "quidquid ob eam rem Nm. Ao. d. f. o." per* ..... *consumitur.*

Studemunds Lesung ergibt dass in der Lücke gestanden hat nicht "*per litis contestationem*", wahrscheinlich "*propter intentionem*", womit denn ausdrücklich gesagt wäre, dass das "*quidquid dare facere oportet*" auch die fraglichen Ansprüche umschlösse.

Ganz dasselbe ergibt

> fr. 76 § 1 de V. O. 45, 1 (Paul.): *cum stipulamur "quidquid te dare facere oportet", id quod praesenti die duntaxat*

debetur in stipulationem deducitur, non ut in iudiciis etiam futurum.

fr. 7 pr. de compens. 16, 2 (Ulp.): *quod in diem debetur non compensabitur antequam dies uenit, quanquam dari oporteat.*

Entsprechend noch:

fr. 46 pr. de V. O. 45, 1 (Paul.): . . . . . . *quia praesens obligatio* [= *dari oportere*] *est, in diem autem dilata solutio.*

Gai. III. 124: . . . *quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur* — das "*debitum iri*" kann hier nicht im Gegensatz zum "*deberi*" gebraucht sein, da sonst das "*licet* . . ." sinnlos würde (vgl. auch v. Scheurl Beitr. II. 2, S. 36).

Auch wird es keinem Zweifel unterliegen, dass wenn wirklich auch die später fälligen Ansprüche, soweit dies zur Zeit schon möglich, in die eben angestrengte Aktion mithereingezogen werden sollten, dies nur mit der Formel *quidquid dare facere oportet* geschehn konnte; man vergleiche die in dieser Beilage II. 2, angeführten Stellen, insbesondere fr. 38 pr. pro socio 17, 2, fr. 71 § 1 de leg. I., fr. 16 pr. de H. P. 5, 3, fr. 41 de iudic. 5, 1.

Nach der im fr. 61 pr. de iudic. gegebenen Regel aber erklärt sich, dass im Zweifel stets alle, einschliesslich der zukünftigen, Ansprüche *in iudicium* deduzirt galten, nur "*de quo nominatim actum erat ne ueniret*" ward ausgenommen. Das "*nominatim agere ne ueniret*" geschah in verschiedener Weise.

Bei den Stipulationen scheint gerade dieser Gedanke des Vorbehaltens zu der Auffassung "*quot res tot stipulationes*" geführt zu haben; darüber

fr. 29 pr. de V. O. 45, 1 (Ulp.); — fr. 1 § 5 eod. (eiusd.); fr. 134 § 3, fr. 140 eod. (Paul.); — fr. 72 pr. eod. (Ulp.). fr. 75 § 9 eod. (Ulp.), cf. fr. 8 de eo q. c. loco 13, 4 (Afric.) *sors* und *usurae* betreffend; cf. fr. 23 de exc. r. iud. 44, 2 (Ulp.).

fr. 32 pr. de euict. 21, 2 (Ulp.): . . . . *cum quis stipulatur "fugitiuum non esse" "erronem non esse" et cetera quae ex edicto aedilium curulium promittuntur, utrum*

una stipulatio est, an plures? et ratio facit ut plures sint.

Analog bei Legaten

fr. 2 de leg. II. (Paul.).

Beim Kauf mehrer Sachen war Labeo schon für eine ähnliche Zerlegung, die dann ihren Ausdruck in der *demonstratio* finden musste, eingetreten; aber seine Meinung, die sich auch auf Kommodat Depositum und ähnliches bezogen, scheint zu Gajus (IV. 59) Zeit nicht die herrschende gewesen zu sein. Vielleicht weil man hier mit den Präskriptionen, "*uetus atque usitata exceptio*" (Cic. l. c.), auszukommen gewöhnt war.

Noch muss angeführt werden dass auch die *a. certa s. p. centum — hominem dari oportere* zweifellos die nicht fällige Forderung *in iudicium* deduzirt und zur Konsumption bringt.

Nach dem allen könnte nur das Eine zu Bedenken Anlass geben: warum der "*quidquid dare facere oportet condemna*" angewiesene Richter doch nicht auch auf das fällige sondern nur auf das nichtfällige zu kondemniren befugt war. Aber in dem "*quidquid d. f. o. c.*" steckt eine doppelte Anweisung für den Judex, die dieser kraft seines Offiziums herauszulesen und auseinanderzuhalten hat: prüfe und entscheide. Prüfe alles worauf die Formel weist, zieh dies alles in dein Judizium; daher alles fortab als *in iudicium deductum* gelten muss. Aber verurteile nicht wegen des allen was Du in Dein *iudicium* ziehst, nur wegen dessen aus diesem allen, bei dem Du auch die übrigen Dir *ex officio* bekannten Bedingungen einer Kondemnation erfüllt findest. Dass Keller den für die *deductio in iudicium*, und folgeweise für die Konsumption allein massgebenden Prüfungsbefehl in den Kondemnationsbefehl aufgehn lässt, scheint mir der Grundfehler seiner blendenden Darstellung (Hall. Lit. Z. 46 II. 345 f.). Er fragt: "Was denkt und ordnet der Prätor indem er die Formel erlässt? Die Kondemnation oder die Konsumption?" Freilich direkt hat der Prätor wegen der Konsumption nicht Vorsorge zu treffen, wol aber ist es seines Amts dem *iudicium*, d. h. hier dem Prüfungs- nicht dem Kondemnirungsrecht des Judex Grenzen zu weisen. Dies ist sachgemäss das Erste; aus dem Geprüften in die Kondemnation zu ziehn was dahinein gehört das Zweite. Und jenes Erste entschied über die Konsumption. Das Zu-

sammenziehn der beiden Anweisungen in einen Satz, mit dem äussern Anschein eines reinen Kondemnationsbefehls, wäre bedenklich gewesen, wenn den Richtern nicht die Jurisprudenz des Marktes mit ihren festen Traditionen zur Seite gestanden hätte; unter Römischen Richtern war eine Misdeutung unmöglich. Dass die Worte an sich, "*quidquid dare facere oportet*" auch die Beschränkung auf das Fällige gestatten, beweisen die Stipulationen, fr. 76 § 1 de V. O. fr. 89, fr. 125 eod. (Paul.), und die Legate, fr. 46 de leg. II. (Proc.); das zukünftige muss hier durch besondere Zusätze "*oportebitue*" "*praesens in diemue*" bezeichnet werden. Diese verschiedenen Auslegungen derselben Worte stehn in vollkommener Harmonie mit der doppelten Bedeutung des "*actionem nasci, esse*" das bald an die erzeugenden Kontrakte und Delikte bald an die über die erfolgreiche Klagbarkeit entscheidender Momente anknüpft ("*nondum est ex empto actio*" und was sonst unter II 2 A, S. 333 citirt ist.

Das gewonnene Resultat halte ich bei der Uebereinstimmung der glaubwürdigsten Zeugnisse für unumstösslich, doch bleiben noch einige Stellen zu erörtern, die nicht sowol im Widerspruch als in einem mehr oder weniger zweifelhaften Verhältnis dazu stehn. Am harmlosesten ist fr. 11 § 10, cf. § 9 § 11, de A. E. V. 19, 1, wo Ulpian nach Neraz die Möglichkeit einer wiederholten Anstellung der *ex empto actio* anerkennt, ohne sich näher darüber auszulassen durch welches Mittel die totale Deduktion und Konsumption bei der ersten Klaganstellung ferngehalten worden. — Heikler ist schon das vorher (S. 329) schon angeführte fr. 23 de iud. 5, 1, das auch Keller, Litisk. 187, "etwas abgerissen und unbestimmt" nennt. Die ungezwungenste Lösung scheint mir aus der Annahme sich zu ergeben, dass Paulus bei dem "*quod post iudicium acceptum accidisset*" gedacht habe an Ansprüche die ganz und gar erst nach der Litiskontestation zur Entstehung kommen, nicht, wie die betagten und bedingten, vor derselben wenigstens schon halb entstanden sind. Allerdings würde sich dies mit fr. 17 mand. 17, 1 einerseits, und mit der Möglichkeit im *bonae fidei iudicium* wegen zukünftiger Ansprüche Kaution zu erlangen andererseits, nicht gerade zum allerbesten vertragen. Bedenkt man aber dass hier doch kein rein konsequentes Recht zu erwarten ist, so lassen sich diese Schwierigkeiten

überwinden: Ulpian denkt im fr. 17 cit. an ein Spezialmandat, wo der Akt des Mandatars bereits vorgesehn ist und auch die Unterlassung verbindlich gemacht haben würde; ebenso sind Kautionen doch auch nur wegen bereits voraussichtlicher Ansprüche zu erfordern; Paulus aber handelt nur von dem, was bei dem für das *in iudicium deducere* massgebenden Akte der Litiskontestation noch gar nicht vorzusehn ist. Verwandt dürfte sein

> fr. 14 § 4 de aqua 39, 3 (Paul.): *de eo opere, quod post litem contestatam factum est, nouo iudicio agendum est.*

Der scheinbare Widerspruch beider Stellen gegen fr. 61 de iudiciis verschwindet, wenn man das "*nominatim agere ne ueniat*" rationell beschränkt auf dasjenige, worüber bereits ein "*nominatim agere*" möglich ist. — Noch energischer wird der Widerspruch zum fr. 61 cit. in

> fr. 20 de exc. r. iud. 44, 2 (Pomp.): *si ex testamento actum sit cum herede ab eo, qui, cum totum argentum ei legatum erat, mensas duntaxat sibi legatas putaret earumque duntaxat aestimationem in iudicio fecisset; postea eundem petiturum de argento quoque legato Trebatius ait nec obstaturam ei exceptionem, quod non sit petitum quod nec actor petere putasset nec iudex in iudicio sensisset.*
>
> fr. 21 pr. eod. (eiusd.): *si, cum argentum mihi testamento legatum esset, egerim cum herede, et postea codicillis prolatis uestem quoque mihi legatam esse appareat, non est deducta in superius iudicium uerbis causa, quia neque litigatores neque iudex de alio quam de argento actum intellegant.*

Schwierigkeit macht nur die Begründung; dass die Legatenklage übrigens sich spaltet entspricht nur dem in fr. 2 de leg. II. gesagten. Ob Pomponius wirklich eine der Ulpianischen entgegengesstzte Ansicht verficht, oder ob beide Juristen verschiedene Fälle im Auge haben, wage ich einstweilen nicht zu entscheiden.

VI.

Den bei der *actio incerti* auftauchenden Fragen stehn nahe diejenigen, welche sich auf die Einklagung des Ganzen

und des Teils, auch der Erbschaft und einzelner in die Erbschaft gehöriger Ansprüche beziehn.

fr. 7 pr. de exc. r. iud. 44, 2 (Ulp.): *si quis cum totum petisset partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est. eadem enim res accipitur et si pars petatur eius quod totum petitum est. nec interest utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate uel in iure.*

Die Grundanschauung ist durchgängig dieselbe: "*pars in toto est*", also ist die *pars* mit der Totalklage *in iudicium* deduzirt. Umgekehrt, wäre zuerst auf die *pars* geklagt, so würde die nachfolgende Totalklage dieselbe *pars* auch mitumfassen, also wiederum *de eadem re* sein (cf. fr. cit. § 5). Klage ich aber erst auf einen Teil oder auf ein Stück, dann auf einen anderen Teil oder auf ein Stück das in der ersten Klage nicht mit einbegriffen gewesen ist ("*si adfuit in eo grege puto obstituram exceptionem*" fr. 21 § 1 eod.), so ist letzteres als *actio de alia re* zulässig.

Unter Umständen ist schwer zu entscheiden ob etwas als *pars* schon in der ersten Aktion mit daringewesen.

fr. 7 pr. cit.: *si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat; aut insulam petierit, deinde aream petat, uel ligna uel lapides petat; item si nauem petiero, postea singulas tabulas uindicem; item si ancillam praegnatem petiero et post litem contestatam pepererit, mox partum eius petam; utrum idem petere uideor an aliud, magnae quaestionis est.*

Ulpian ist nichts weniger als klar entschieden: "*in his fere omnibus exceptio nocet*"; doch ist für *caementa* und *tigna* wie leicht erklärlich eine Ausnahme zu machen, "*de fructibus eadem quaestio est et de partu*", was als richtig anzunehmen sein wird; bedenklicher ist die gemeinsame Entscheidung: "*nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt quae petita est; magisque est ut ista exceptio non noceat*"; wenigstens scheint sie damit nicht im Einklange, dass bei Alluvionen und ähnlichem Zuwachs Afrikan, fr. 26 § 1 eod., und Papinian, fr. 33 § 1 de usufr. 7, 1: ". . . *uelut alluuio* . . ." die Exception geben; ja man möchte geneigt sein, bei *fructus* und *partus* die Annahme einer Identität der Res noch näher liegend zu erachten als im andern Falle. Vereinigungsversuche sind überflüssig, wo die

Entstehung divergenter Ansichten auf der Hand zu liegen scheint.

Auch die Behandlung des Ususfrukts musste Zweifel anregen:

fr. 33 § 1 cit.: *usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere conuenit. unde si fundi uel fructus portio petatur, et absolutione secuta postea pars altera quae adcreuit uindicetur, in lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in fructus uero non obstare scribit Iulianus, quoniam portio fundi uelut alluuio portioni, personae fuctus adcresceret.*

Vindikation der einen *pars fundi*, Abweisung; dann Vindikation der andern accrescirten *pars*, *exceptio rei iudicatae* entsprechend dem auch von Afrikan, aber vermutlich nicht von Ulpian anerkannten Satze. Mag es zweifelhaft gewesen sein, aber aufstellen und verteidigen liess sich dass hier *eadem res* sei. Vindikation der *portio fructus*, Abweisung; neue Klage auf den nachträglich accrescirten Teil stützt sich auf einen neuen Rechtserwerb, Accrescenz an die Person die von dem Bestand des früheren Ususfrukts völlig unabhängig zu denken ist, daher hier wie sonst (cf. fr. 11 § 5 de exc. r. iud. — Ulp.) "*alia causa*" "*alia res*" keine *exceptio rei iudicatae.*

Aus dem vorstehenden wird zur Genüge erhellen, dass ich bei den Behauptungen meiner "Prozessualischen Consumption" nicht eigensinnig beharre, und mancher treffenden Bemerkung gegen mich recht gebe. Von zwei Punkten aber bin ich abzugehn umsoweniger gewillt, als ich nach dem Ablauf von bald zwei Dezennien die Streitlage mit einiger Objektivität zu überschauen vermeine. Der eine, dass die Konsumption auf der Regel "*bis de eadem re ne sit actio*" beruht, ist mir von der neueren Literatur mit unbedeutenden Ausnahmen zugegeben; bei dem andern, dass die *exceptio rei iudicatae* nicht zwei Funktionen besessen, halten Zustimmung und Widerspruch einander die Wage. Die hierauf bezüglichen Ausführungen Windscheids (Actio 82 f.) ragen was Ruhe Umsicht Klarheit anlangt über die meiner andern jüngeren und älteren

Gegner weit hervor. Ihm ist die Frage nicht unzweifelhaft, aber fr. 33 § 1 cit. und fr. 1 de exc. r. iud. geben den Ausschlag wider alles von meiner Seite anzuführende. Da in meiner Proc. Consumption wie bei Keller Litiskontestation und Buchka Einfluss das fr. 33 § 1 übergangen ist, lag mir daran meine Auffassung desselben hier wenigstens anzudeuten. fr. 1 cit. liefert nur ein Argument *a contrario*: ich will mich darauf nicht steifen, aber handelt es denn wirklich von der *exceptio rei iudicatae*? Dass es in dem Titel steht, ist kein Beweis, da fr. 5 eod. auch nicht von der *exceptio r. i.* geschrieben war, und irgend etwas für die *exceptio r. i.* zu entnehmendes auch in dem fr. 1 steckt. Schon die Anfangsworte "*cum res inter alios iudicatae etc.*" könnten die Kompilatoren bestimmt haben.

Aber ich will noch mehr zugeben. Das *iudicem ius facere* spukt an manchem Orte, dass es unter Umständen zu einer Replik "*aut si ita iudicatum est*" führen konnte, ist nicht zu leugnen; da wird sich denn das Vorkommen einer ähnlichen auf den materiellen Inhalt einer Sentenz bezugnehmenden Exception auch nicht gerade unter die Unmöglichkeiten stellen lassen. Dies war aber keine "*si ea res iudicata non sit*" formulirte und technisch "*exceptio rei iudicatae*" geheissene Einrede. Diese setzte vielmehr überall wo sie vorkommt Identität der Res voraus, und hatte nur den einen Zweck, als Organ der prozessualischen Konsumption zu funktioniren. Nach dem Wegfall der Aktions- und folgeweise der Exceptionsformeln könnte der Unterschied der Kompilatoren zu geringfügig erschienen sein, um zu verbieten die wenigen auf die *exceptio in factum* nach dem Inhalt eines ergangenen Erkenntnisses bezüglichen Stellen in den Titel *de exceptione rei iudicatae* mitaufzunehmen. Trotz dieser möglichen äusseren Zusammenstellung im Corpus Juris wird aber daran festzuhalten sein, dass im Sinne der klassischen Juristen *exceptio rei iudicatae* Identität der Res und Klagenkonsumption allezeit zusammengehören.

Der Kontroverse vindizire ich auch praktische Bedeutung: aus meiner Auffassung ergibt sich eine Beschränkung der in der Praxis doch undurchführbaren Rechtskraft der Gründe. Richtig verstanden und richtig beschränkt besteht die Konsumption auch im heutigen Rechte noch; aber wir haben

keine Aktionen mehr, also auch keine Konsumption der Aktionen, sondern ein Klagloswerden der Ansprüche; und dies vollzieht sich nicht wie gewöhnlich im Römischen Recht mit der Litiskontestation sondern wie bei den zur Kompensation gestellten Ansprüche erst mit dem eingehenden (nicht mit dem blos ablehnenden) Befinden des Richters über dieselben. Es besteht also der Unterschied, dass die Zerstörung der Klagbarkeit in einem späteren Prozessstadium und eventuell in beschränkterem Umfange eintritt, wogegen die Frage der Identität der späteren Sache mit der früheren durchaus nach Römischen Grundsätzen zu entscheiden ist. *exceptio rei iudicatae* überall wo *eadem res*, über die schon einmal erkannt worden, wieder in Frage tritt; eine Einrede aus dem materiellen Inhalt des Erkenntnisses aber nur in den wenigen Fällen, wo diese von den Quellen direkt bezeugt wird, denn allgemeine Vorschriften für dieselbe kennt das Römische Recht nicht.

I. ZUR ENTWICKELUNGSGESCHICHTE DES PACTUM DE NON PETENDO UND DES TRANSAKTIONSPAKTS.

ZU KAP. IX. N. 6, S. 171.

Die klagenbrechende so gut wie die klagenzeugende Wirksamkeit des *pactum* hat ihre Geschichte. Für einzelne Fälle lag diese aufhebende Kraft schon in dem gesetzgeberischen Willen, der die Zwölftafeln schuf. Die spätere Zeit hat die Erinnerung hieran bewahrt; so sagt Ulpian

> fr. 7 § 14 de pactis 2, 14: . . . *nam et de furto pacisci lex permittit*,

präziser Diokletian und Maximian

> c. 13 de furt. 6, 2: *post decisionem furti leges agi prohibent.*

Der Gebrauch wird sich bald über diese Fälle hinaus erstreckt, und Rechtschaffenheit und Rücksicht auf den eigenen Kredit seitens der Kontrahenten auch die rechtlich nicht geschützten

Verträge aufrecht erhalten haben. Dazwischen mochten einzelne Beispiele der Perfidie nicht fehlen, so dass das Eingreifen des prätorischen Edikts ebenso den Ansichten der grossen Mehrzahl entsprechend wie gegen Renitenz der Minderzahl von Nutzen gewesen sein dürfte.

> *pacta conuenta, quae neque dolo malo neque aduersus leges plebiscita . . . . neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, seruabo.*

Die Grenzen der dem *pactum* hiermit eingeräumten Wirksamkeit haben die Römischen Juristen auch der späteren Zeit viel beschäftigt, man vergleiche zunächst Ulpian fr. 7 § 14 cit., der daselbst und in den nächstfolgenden Paragraphen auch auf Labeo Pomponius Marcellus bezug nimmt.

Paulus berichtet:

> S. R. I. 19, 2: *ex his causis quae infitiatione duplantur pacto decidi non potest.*

Hiernach bleibt zweifelhaft, ob diese Sachen nur das "*pacto decidere*" oder überhaupt jedes klagenbrechende "*pacisci*" von sich abweisen. Nicht zweifelhaft aber ist, dass Paulus nur von dem "*pacto*" d. h. "*nudo pacto decidi*", redet, nicht von Geschäften die durch Aquilianische Stipulation und Acceptilation unterstützt wurden. Denn wohin wir sehn ist, unter "*pactum*" schlechthin stets das "*nudum pactum*" gemeint; beim "*pactum de non petendo*" gilt nimmer die Acceptilation als miteinbegriffen, obschon diese doch auch ein *pactum de non petendo* im weiteren Sinne war, ganz wie das "*consensu contrahi*" auch überall auf das "*nudo consensu c.*" beschränkt bleibt. Aus dem mit S. R. I. 19, 2 gegebenen Zweifel hilft uns derselbe Paulus

> S. R. I. 1, 5: *de rebus litigiosis et conuenire et transigere possumus; post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, seruari non oportet.*

Paulus unterscheidet hier einfache Konventionen und Transaktionskonventionen; "*post rem iudicatam*", d. h. über die *a. iudicati* erklärt er nicht, jene für zulässig, diese für unzulässig, sondern er will auch von den einfachen Konventionen nur eine Spezies, die durch das Kriterium beabsichtigter Unentgeltlichkeit bestimmte, aufrecht erhalten wissen, jedes entgeltlich geschlossene *pactum de n. p.*, z. B. aus testamentarischer

Auflage oder *condicionis implendae gratia*, wäre einer *a. iudicati* gegenüber unwirksam. Dass gerade dies unentgeltliche Paktum bevorzugt wird, kann auffällig erscheinen, aber nicht mehr als dass dasselbe nackte Donationspaktum später von den Kaisern als klagerzeugend angenommen wurde, während diese Wirksamkeit sonst regelmässig nur den *pacta uestita* zukam.

Wider die Unzulässigkeit des unförmlichen Pakts und Transakts bei den Litiskrescenzfällen könnte man sich versucht fühlen auf Ciceros Rede pro Q. Roscio zu rekurriren:

32: . . . *hunc seruum communem Q. Flauius, Tarquiniensis quidam, interfecit. in hanc rem, inquit, me cognitorem dedisti. lite contestata iudicio damni iniuria constituto tu sine me cum Flauio decidisti.*

Der Vergleich war ein formloser; das wird wiederholt gesagt, z. B.

36: *cur igitur decidit et non restipulatur: neminem amplius petiturum? cur de fundo decidit et iudicio non absoluitur? cur tam imperite facit, ut nec Roscium stipulatione adliget neque a Fannio iudicio se absoluat.*

Aber diese Stelle würde höchstens die Gebräuchlichkeit, keineswegs die Wirksamkeit des formlosen Transakts wider die *a. l. Aquiliae* zu erweisen geeignet sein. Ja vielleicht kehrt sich das Zeugnis gerade gegen diese Wirksamkeit, und es liegt eben hierin ein Schlüssel zu manchen Dunkelheiten der Darstellung. So sehr Cicero das zu verstecken sucht, offenbar hat Roscius verhältnismässig viel von Flavius erhalten (vgl. 32, 33), offenbar ist demnächst der Prozess wider Flavius liegen geblieben; Fannius hat dann seinen Teil von Roscius gefordert, erst nachdem diese Sache entschieden und dabei auf das dem Fannius wider Flavius noch zuständige Recht verwiesen worden ist, erst da nach mehrjährigem Zwischenraum nimmt Fannius diesen Prozess wieder auf und zwar mit Erfolg. Das alles verträgt sich zum besten mit der Auffassung, dass Flavius vermeint hatte mit Roscius über die ganze Sache zu decidiren, und im Vertrauen auf die vielgepriesene Rechtschaffenheit des Roscius unterlassen hatte die sichernden Formalien zu fordern; ihm ist nachträglich Gelegenheit geworden von der Bedeutung des Satzes, dass über den Inhalt einer

a. l. Aquiliae nicht "*pacto*" decidirt werden könne, sich praktische Belehrung zu verschaffen.

Dagegen tritt unserer auf S. R. I. 1, 5 gestützten Auslegung von S. R. I. 19, 2 direkt entgegen Ulpian, nach dem Laut der Worte in

fr. 7 § 13 de pactis 2, 14: *si paciscar ne pro iudicati uel incensarum aedium agatur, hoc pactum ualet.*

Wenn durch die energische Korrektur "*ne iudicati proue iudicato*" auch vielleicht das Abschreiberversehn gehoben sein mag, der ursprünglich Ulpianische Text ist damit sicher nicht restituirt; was könnte den Juristen zur Zusammenstellung so heterogener Dinge bewogen haben? Wahrscheinlich hat Ulpian über die *a. iudicati* weiteres vorgetragen, was den Kompilatoren nicht in den Kram passte, die Stelle ist rücksichtslos mit der Scheere traktirt, indem nur das uns erhaltene als kaiserliches Recht anerkannt werden sollte. Dann müsste aber, wie vorher angenommen, die Zulässigkeit des *pactum de non pet.* wider die *a. iudicati* in der Zwischenzeit von Paulus bis Justinian von der Donationsspezies auf alle andern Spezies des Paktums, mit alleinigem Ausschluss der Transaktionsspezies, ausgedehnt worden sein. Es ist aber auch das nicht undenkbar, dass in unser "*pro iudicati*" der Schimmer der *a. iudicati* durch reine Abschreiberkorruption hineingekommen ist, und Ulpian wie die Kompilatoren gleichmässig von irgend welcher andern jetzt nicht mehr zu erratenden Aktion geredet haben. Ungenau bleibt der Ausdruck unter der ersten Annahme stets, "*hoc pactum ualet*" ist nicht allgemein wahr, "*transigendi animo*" geschlossen "*pactum non ualet*", das ist zweifellos.

Woher die Unzulässigkeit des *pactum* bei den Litiskrescenzsachen stammt, wissen wir nicht genau. Vermutlich aus der Unverträglichkeit der Manusinjektion mit Exceptionen. Die Litiskrescenzsachen drängten alle auf schleunige Erledigung, wo möglich durch Konfession. Bei der *a. confessoria* hatte Beklagter auf den Schutz aus dem Paktum freiwillig verzichtet, bei der *a. infitiatoria* wird die *exceptio pacti* anfänglich nicht gegeben sein; wer sich wider weitere Verfolgung sichern wollte, der mochte dies in den hergebrachten Formen tun, die vor dem nackten *pactum* den Vorzug der Greifbarkeit und Beweisbarkeit besitzen. Die *liberatio per*

aes et libram muss zu Gajus Zeit (vgl. III. 173—5) noch ein gangbares Geschäft gewesen sein; doch war auch älteren Juristen schon die Novation, und damit also auch die verbale Acceptilation der *a. iudicati* bekannt (fr. 8 § 3 de nouat. 46, 2, von Ulpian mit Bezugnahme auf Celsus). Es ist begreiflich dass diese prozessualische Rücksicht ihre Bedeutung mit der Zeit verloren hatte, und also nur konsequent, wenn das Justinianische Recht von der Unwirksamkeit aller *pacta de non petendo* wider alle Litiskrescenzaktionen nur noch die des Transaktionspaktums wider die *a. iudicati* aufrecht erhielt.

Das *pact de n. p.* und der Vergleich sind nächst verwandte Institute. Gemeinsam beiden ist die Voraussetzung, eines irgend wie verfolgbaren Anspruchs (eventuell einer kriminellen Klagberechtigung, c. 18 de transact. 2, 4), und der Zweck, denselben ganz oder zum Teil durch Vertrag zu beseitigen. Unterscheidender Momente werden mehre, wenigstens zwei hervorgehoben, und eben hiedurch der Abgrenzung Schwierigkeiten bereitet:

a) c. 38 de transact. (Diocl. et Max.) *transactio nullo dato uel retento seu promisso minime procedit.* Entsprechend werden Transaktion und Donation gegenübergestellt: c. 25 eod.: *si . . . transegistis uel ei debita donationis causa sine aliqua condicione remisistis;* c. 33 eod.

b) fr. 1 de transact. 2, 15 (Ulp.): *qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit.* cf. c. 2 de transact. (Anton.) fr. 65 § 1 de cond. ind. 12, 6 (Paul.). Aber in der eben citirten Stelle (fr. 1 de trans.) fällt Ulpian sofort auch der erstgedachten Unterscheidung zu: "*qui uero paciscitur donationis causa, rem certam et indubitatam liberalitate remittit*".

Rein logisch betrachtet sind hiernach vier Gruppen von Geschäften zu unterscheiden:

α) schenkungsartiger Nachlass von unzweifelhafter Forderung;

β) schenkungsartiger Nachlass von zweifelhafter Forderung (50 Prozent etwa);

γ) entgeltlicher Nachlass von unzweifelhafter Forderung;

δ) entgeltlicher Nachlass von zweifelhafter Forderung.

Dabei muss wiederum betont werden, dass der Begriff des Entgeltlichen (= nicht Schenkungsartigen) leicht zu sehr

sammenziehn der beiden Anweisungen in einen Satz, mit dem äussern Anschein eines reinen Kondemnationsbefehls, wäre bedenklich gewesen, wenn den Richtern nicht die Jurisprudenz des Marktes mit ihren festen Traditionen zur Seite gestanden hätte; unter Römischen Richtern war eine Misdeutung unmöglich. Dass die Worte an sich, "*quidquid dare facere oportet*" auch die Beschränkung auf das Fällige gestatten, beweisen die Stipulationen, fr. 76 § 1 de V. O. fr. 89, fr. 125 eod. (Paul.), und die Legate, fr. 46 de leg. II. (Proc.); das zukünftige muss hier durch besondere Zusätze "*oportebitue*" "*praesens in diemue*" bezeichnet werden. Diese verschiedenen Auslegungen derselben Worte stehn in vollkommener Harmonie mit der doppelten Bedeutung des "*actionem nasci, esse*" das bald an die erzeugenden Kontrakte und Delikte bald an die über die erfolgreiche Klagbarkeit entscheidender Momente anknüpft ("*nondum est ex empto actio*" und was sonst unter II 2 A, S. 333 citirt ist.

Das gewonnene Resultat halte ich bei der Uebereinstimmung der glaubwürdigsten Zeugnisse für unumstösslich, doch bleiben noch einige Stellen zu erörtern, die nicht sowol im Widerspruch als in einem mehr oder weniger zweifelhaften Verhältnis dazu stehn. Am harmlosesten ist fr. 11 § 10, cf. § 9 § 11, de A. E. V. 19, 1, wo Ulpian nach Neraz die Möglichkeit einer wiederholten Anstellung der *ex empto actio* anerkennt, ohne sich näher darüber auszulassen durch welches Mittel die totale Deduktion und Konsumption bei der ersten Klaganstellung ferngehalten worden. — Heikler ist schon das vorher (S. 329) schon angeführte fr. 23 de iud. 5, 1, das auch Keller, Litisk. 187, "etwas abgerissen und unbestimmt" nennt. Die ungezwungenste Lösung scheint mir aus der Annahme sich zu ergeben, dass Paulus bei dem "*quod post iudicium acceptum accidisset*" gedacht habe an Ansprüche die ganz und gar erst nach der Litiskontestation zur Entstehung kommen, nicht, wie die betagten und bedingten, vor derselben wenigstens schon halb entstanden sind. Allerdings würde sich dies mit fr. 17 mand. 17, 1 einerseits, und mit der Möglichkeit im *bonae fidei iudicium* wegen zukünftiger Ansprüche Kaution zu erlangen andererseits, nicht gerade zum allerbesten vertragen. Bedenkt man aber dass hier doch kein rein konsequentes Recht zu erwarten ist, so lassen sich diese Schwierigkeiten

überwinden: Ulpian denkt im fr. 17 cit. an ein Spezialmandat, wo der Akt des Mandatars bereits vorgesehn ist und auch die Unterlassung verbindlich gemacht haben würde; ebenso sind Kautionen doch auch nur wegen bereits voraussichtlicher Ansprüche zu erfordern; Paulus aber handelt nur von dem, was bei dem für das *in iudicium deducere* massgebenden Akte der Litiskontestation noch gar nicht vorzusehn ist. Verwandt dürfte sein

> fr. 14 § 4 de aqua 39, 3 (Paul.): *de eo opere, quod post litem contestatam factum est, nouo iudicio agendum est.*

Der scheinbare Widerspruch beider Stellen gegen fr. 61 de iudiciis verschwindet, wenn man das "*nominatim agere ne ueniat*" rationell beschränkt auf dasjenige, worüber bereits ein "*nominatim agere*" möglich ist. — Noch energischer wird der Widerspruch zum fr. 61 cit. in

> fr. 20 de exc. r. iud. 44, 2 (Pomp.): *si ex testamento actum sit cum herede ab eo, qui, cum totum argentum ei legatum erat, mensas duntaxat sibi legatas putaret earumque duntaxat aestimationem in iudicio fecisset; postea eundem petiturum de argento quoque legato Trebatius ait nec obstaturam ei exceptionem, quod non sit petitum quod nec actor petere putasset nec iudex in iudicio sensisset.*

> fr. 21 pr. eod. (eiusd.): *si, cum argentum mihi testamento legatum esset, egerim cum herede, et postea codicillis prolatis uestem quoque mihi legatam esse appareat, non est deducta in superius iudicium uerbis causa, quia neque litigatores neque iudex de alio quam de argento actum intellegant.*

Schwierigkeit macht nur die Begründung; dass die Legatenklage übrigens sich spaltet entspricht nur dem in fr. 2 de leg. II. gesagten. Ob Pomponius wirklich eine der Ulpianischen entgegengesstzte Ansicht verficht, oder ob beide Juristen verschiedene Fälle im Auge haben, wage ich einstweilen nicht zu entscheiden.

VI.

Den bei der *actio incerti* auftauchenden Fragen stehn nahe diejenigen, welche sich auf die Einklagung des Ganzen

und des Teils, auch der Erbschaft und einzelner in die Erbschaft gehöriger Ansprüche beziehn.

fr. 7 pr. de exc. r. iud. 44, 2 (Ulp.): *si quis cum totum petisset partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est. eadem enim res accipitur et si pars petatur eius quod totum petitum est. nec interest utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate uel in iure.*

Die Grundanschauung ist durchgängig dieselbe: "*pars in toto est*", also ist die *pars* mit der Totalklage *in iudicium* deduzirt. Umgekehrt, wäre zuerst auf die *pars* geklagt, so würde die nachfolgende Totalklage dieselbe *pars* auch mitumfassen, also wiederum *de eadem re* sein (cf. fr. cit. § 5). Klage ich aber erst auf einen Teil oder auf ein Stück, dann auf einen anderen Teil oder auf ein Stück das in der ersten Klage nicht mit einbegriffen gewesen ist ("*si adfuit in eo grege puto obstituram exceptionem*" fr. 21 § 1 eod.), so ist letzteres als *actio de alia re* zulässig.

Unter Umständen ist schwer zu entscheiden ob etwas als *pars* schon in der ersten Aktion mit daringewesen.

fr. 7 pr. cit.: *si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat; aut insulam petierit, deinde aream petat, uel ligna uel lapides petat; item si nauem petiero, postea singulas tabulas uindicem; item si ancillam praegnatem petiero et post litem contestatam pepererit, mox partum eius petam; utrum idem petere uideor an aliud, magnae quaestionis est.*

Ulpian ist nichts weniger als klar entschieden: "*in his fere omnibus exceptio nocet*"; doch ist für *caementa* und *tigna* wie leicht erklärlich eine Ausnahme zu machen, "*de fructibus eadem quaestio est et de partu*", was als richtig anzunehmen sein wird; bedenklicher ist die gemeinsame Entscheidung: "*nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt quae petita est; magisque est ut ista exceptio non noceat*"; wenigstens scheint sie damit nicht im Einklange, dass bei Alluvionen und ähnlichem Zuwachs Afrikan, fr. 26 § 1 eod., und Papinian, fr. 33 § 1 de usufr. 7, 1: ". . . *uelut alluuio* . . ." die Exception geben; ja man möchte geneigt sein, bei *fructus* und *partus* die Annahme einer Identität der Res noch näher liegend zu erachten als im andern Falle. Vereinigungsversuche sind überflüssig, wo die

Entstehung divergenter Ansichten auf der Hand zu liegen scheint.

Auch die Behandlung des Ususfrukts musste Zweifel anregen:

> fr. 33 § 1 cit.: *usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere conuenit. unde si fundi uel fructus portio petatur, et absolutione secuta postea pars altera quae adcreuit uindicetur, in lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in fructus uero non obstare scribit Iulianus, quoniam portio fundi uelut alluuio portioni, personae fuctus adcresceret.*

Vindikation der einen *pars fundi*, Abweisung; dann Vindikation der andern accrescirten *pars*, *exceptio rei iudicatae* entsprechend dem auch von Afrikan, aber vermutlich nicht von Ulpian anerkannten Satze. Mag es zweifelhaft gewesen sein, aber aufstellen und verteidigen liess sich dass hier *eadem res* sei. Vindikation der *portio fructus*, Abweisung; neue Klage auf den nachträglich accrescirten Teil stützt sich auf einen neuen Rechtserwerb, Accrescenz an die Person die von dem Bestand des früheren Usufrukts völlig unabhängig zu denken ist, daher hier wie sonst (cf. fr. 11 § 5 de exc. r. iud. — Ulp.) "*alia causa*" "*alia res*" keine *exceptio rei iudicatae.*

Aus dem vorstehenden wird zur Genüge erhellen, dass ich bei den Behauptungen meiner "Prozessualischen Consumption" nicht eigensinnig beharre, und mancher treffenden Bemerkung gegen mich recht gebe. Von zwei Punkten aber bin ich abzugehn umsoweniger gewillt, als ich nach dem Ablauf von bald zwei Dezennien die Streitlage mit einiger Objektivität zu überschauen vermeine. Der eine, dass die Konsumption auf der Regel "*bis de eadem re ne sit actio*" beruht, ist mir von der neueren Literatur mit unbedeutenden Ausnahmen zugegeben; bei dem andern, dass die *exceptio rei iudicatae* nicht zwei Funktionen besessen, halten Zustimmung und Widerspruch einander die Wage. Die hierauf bezüglichen Ausführungen Windscheids (Actio 82 f.) ragen was Ruhe Umsicht Klarheit anlangt über die meiner andern jüngeren und älteren

beschränkt wird, namentlich dass das "um Gegenleistung seitens des Empfängers" keinen erschöpfenden Gegensatz zur *donationis causa* bildet: was ich *ex testamento*, oder einem Dritten gegenüber *condicionis implendae causa* nachlasse, ist nicht *donatio* nicht *liberalitas*, nach richtiger Auffassung auch nicht der Akkord den die Gläubiger mit dem Ueberschuldeten schliessen.

Nach den unter a) angeführten Stellen dürfen die Fälle zu *α*) und *β*) nicht als Transaktionen gelten. Bedenklicher sind die zu *γ*). Aus dem Zweifel über den Namen darf aber für die Geschäfte dieser Ordnung kein Zweifel an der Gültigkeit hergeleitet werden. Es läge hierin eine willkürliche und darum unerklärliche Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Berechtigten: auf meine *a. iudicati* habe ich auch nach Römischen Recht stets in gehöriger Form verzichten können, die Gültigkeit solches Verzichts sollte abhängig gedacht werden von dem Fehlen des Aequivalents? habe ich nichts erhalten so wäre die *a. iudicati* zerstört, hätte ich auf 100 zehn bekommen, so lebte sie fort? Nur betreffs der "gehörigen Form" scheint ein Unterschied, wenigstens für Paulus Zeit allerdings angenommen werden zu müssen: nur zum Verzicht ohne Aequivalent aus Liberalität genügt das *nudum pactum*.

Ueberblicken wir nun die Medien der eigentlichen Transaktionen

A. für den negativen Zweck:

I. Wenn der Prozess noch nicht im Gange ist:

1) *stipulatio Aquiliana* mit folgender Acceptilation erscheint in Pandekten und Kodex als Normalform: fr. 2, 4, 5, 9 § 2, 15 ht. ("*Aq. stipulatio subici solet*" — Paul.); c. 3, 4, 15, 32, 40 ht.

2) zur Verschärfung derselben noch eine Pönalstipulation: fr. 15, 16 ht.; c. 17, 37, 40 ht.;

3) doch genügt auch formloses *pactum de n. p.* fr. 2 ht. (Ulp.): ". . . *non solum si Aquiliana stipulatio sed et si pactum conuentum fuerit factum*". fr. 15, 16 eod.; c. 9, 15 ht.

II. *lite mota:* Absolution oder Liegenlassen des Prozesses, daneben Paktum oder Stipulation gegen Wiederaufnahme. Die Details, die für diese Untersuchungen nicht direkt von Bedeutung sind, können ohne näheres Eingehn auf

prozessualische Fragen nicht festgestellt werden; man vergleiche übrigens fr. 9 pr. ht.; c. 6, 9, 17, 19, 35, 43 ht.; fr. 23 § 3 de cond. ind. 12, 6.

B. Für den positiven Zweck:

1) sofortige Sachleistung: fr. 7 § 1, 2, fr. 8 § 6, 21, 22 ht., c. 14, 17, 21, 23, 24, 34, 35, 38 ht.;

2) Versprechen einer Leistung in Stipulationsform: c. 2, 6, 9, 23, 34, 36, 37, 38 ht.;

3) Formloses Versprechen: c. 6, 28 ht. cf. c. 34 eod.

Bei diesem formlosen Versprechen müssen wir einen Augenblick verweilen, eine systematische völlig befriedigende Vereinigung der Stellen scheint kaum möglich. Das ist nicht gerade überraschend, wenn man bedenkt dass jeder Vergleich als Innominatkontrakt der Form "*facio* (Verzicht) *ut des* oder *facias*" zu erfassen ist, und dass für diese Form das fr. 5 § 3 de pr. uerb. 19, 5 (Paul.) die *a. ciuilis pr. u.* ebenso entschieden verwirft, wie sie nach fr. 13 § 1, fr. 22 eod. (Ulp. Gai. — Interpolation?) anzunehmen ist; (vgl. A. Pernice Kr. Viertschr. X. 102—6). — Ein besonderer Transaktionsfall ist der der Teilung, zumal unter Miterben gewöhnlich. Sobald der formlose Teilungsvertrag auch nur einseitig ausgeführt ist, hätte schon Papinian die Klage "*quasi certa lege permutationem fecerint*" (arg. fr. 20 § 3 fam. erc. 10, 2, Ulp.) geben müssen; in gleicher Weise äussern sich c. 12 fam. erc. 3, 36 (Gall. et Volus.) und c. 23 eod. (Diocl. et Max.): ". . . . *et stipulationis remedio omisso, si non contrarium conuenisse probaretur, praescriptis uerbis conueniri*". Daneben negirt Hermogenian die Klage vor der begonnenen Ausführung:

> fr. 45 de pact. 2, 14: *diuisionis placitum, nisi traditione uel stipulatione sumat effectum, ad actionem ut nudum pactum nulli prodesse poterit.*

Aehnlich Diokletian und Maximian:

> c. 21 de pact. 2, 3: . . . . . *diuidi et transactionis causa probari possit* . . . . . *exceptione te tueri potes si possides* . . . . . *ex hoc placito nullam actionem natam esse.*

Auch wenn wir nur diese Entscheidungen hätten, würde dennoch der Vorwurf der Inkonsequenz von der Gestaltung des Römischen Rechts in Justinians Kompilation kaum abzu-

lehnen sein. Die Stellen die von andern (Nichtteilungs-) Transaktionen handeln, begründen ihn noch fester.

c. 6 ht. Alexander: Vergleich "*ut a lite* (*inofficiosi querela*) *discederet*" und "*partem bonorum susciperet*". Hier wird das "*instaurari litem*" untersagt, dagegen "*si fides placitis praestita non est*" Klage gegeben, entweder "*ex stipulatu*", oder "*si omissa uerborum obligatio est, utilis actio quae praescriptis uerbis rem gestam demonstrat*".

Im schneidenden Widerspruch hiezu:

c. 28 eod. Diocl. et Max.: Vergleich über Vindikation, "*quamuis ex pacto non potuit nasci actio, tamen rerum uindicatione pendente si exceptio pacti opposita fuerit, doli mali uel in factum replicatione usa poteris ad obsequium placitorum aduersarium tuum urgere.*

Wogegen dieselben Kaiser dann in einem andern wesentlich gleichen Fall, Grundstück für Verzicht auf eine *rei uind.* gewährt, "*si non intercesserit stipulatio*" zu klagen erlauben "*praescriptis uerbis actione ciuile subdita*" c. 34 ht. — Offenbar hat der Kampf der Meinungen lange angedauert, und wenn wirklich die Kompilatoren unter sich zum klaren Bewusstsein einer Entscheidung durchgedrungen sein sollten, so müssen sie bei Auswahl und Verstutzung der recipirten Gesetzesstücke hier besonders nachlässig verfahren sein.

Dem eben Bemerkten scheint nahe zu liegen, dass auch zwischen den Wirkungen des formlosen Transaktionspaktums (A. I. 3) und der *stip. Aquiliana* sammt nachfolgender *acceptilatio* (A. I. 1) praktisch erhebliche Unterschiede sich längere Zeit behauptet haben. Eine Anerkennung finden dieselben in

c. 15 ht. (Diocl. et Max.): *ut responsum congruum accipere possis, insere pacti exemplum. ita enim intellegemus utrum sola conuentio fuerit, an etiam Aquiliana stipulatio nec non et acceptilatio secuta fuerit; quae si subdita esse illuxerit nullam aduersariae tuae petitionem hereditatis uel in rem specialem competere palam fiet.* — cf. c. 2 C. Th. de pact. 2, 9.

Noch deutlicher betreffs der Folgen ist

c. 19 eod. (Diocl. et Max.): . . . *sane si decisionem extorsisse probetur,*

α) *si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio remouetur,*

β) *si uero iam perempta est intra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere.* — cf. c. 4 eod., fr. 9 § 2 ht.

c. 5. C. Gr. de transact. 1, 11 (Diocl. et Max.): . . . *siquidem Aquiliana stipulatio et acceptilatio secuta non est, pactum callide scriptum integris singulorum actionibus amouebit.*

Danach wird niemand überrascht sein, auch der *a. iudicati* gegenüber stärkere Wirkungen der Formalakte als das *nudum pactum* hervortreten zu sehen. Der Unterschied wird ebenso klar wie bestimmt anerkannt:

c. 32 ht. (Diocl. et Max.): . . . . . *super iudicato frustra transigi non est opinionis incertae. proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti, praeses prouinciae usitato more legum rebus quidem iudicatis effectum adhibere curabit.*

Diese Entscheidung der Kaiser mag selbstverständlich genannt werden: da die *actio iudicati* novations- und demnächst acceptilationsfähig ist, und die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit derartiger Geschäfte auf den Rechtsbestand derselben Einfluss zu üben nicht vermag, so war nach Vornahme der Formalakte eine *a. iudicati* nicht mehr vorhanden, und es lag ausser der Macht des Präses dem nicht Vorhandenen Folge zu geben. Da aber zugleich das "*super iudicato frustra transigi*" ausdrücklich anerkannt wird, so ist es abwegig hier einen Widerspruch wider andere gleichlautende Stellen anzunehmen, insbesondere gegen

fr. 7, 11 ht. (Ulp.), fr. 23 § 1 de cond. ind. 12, 6 (Ulp.)
c. 2, 3 C. Gr. de pactis 1, 10 (Alex.)
c. 3 C. Gr. de transact. 1, 11 (Gord.), c. 4 eod. (Valer. et Gall.)
c. 3 C. H. de transact. 4 (Diocl. et Max.).

Bedenklicher könnten in c. 1 C. Gr. de transact. (Anton.) die Worte "*sublata cautione*" erscheinen; aber "*cautio*" bedeutet sicher nicht eine "*acceptilatio*" und schwerlich die "*stip. Aquiliana*", sondern entweder ein "*pactum d. n. p.*" oder eine zur Verstärkung desselben angehängte Pönalstipulation. Zu be-

merken ist noch dass c. 4 C. Gr. cit. im Justinianischen Kodex als c. 12 ht. mit einer Aenderung auftritt; dem ursprünglichen

an de re iudicata; quia de re iudicata pacisci nemo potest.

ist vielleicht im Hinblick auf fr. 7 § 13 de pactis substituirt:

an ambitiose id quod indubitate deberi posset [*constet?*] *remissum sit. nam priore casu ratam manere transactionem iubebit, posteriore nocere ciuitati gratiam non sinet.*

Schliesslich wird es bei so bestrittener Materie geraten sein die Resultate für das neueste Römische Recht zusammenzuztellen:

1) Einfaches *pact. d. n. p.* ist wider *a. iudicati* wirksam, und zwar nicht blos wie schon zur Juristenzeit das *donationis causa* geschlossene (P. S. R. I. 1, 5), sondern auch das entgeltliche (fr. 7 § 13 de pactis).

2) Transaktionspaktum, von dem einfachen unterschieden durch die ausgesprochene Absicht der Parteien ein ungewisses Rechtsverhältnis durch ein gewisses zu ersetzen, ist gültig überall nur, wo irgend welche rationelle Ungewisheit, *post rem iudicatam* also entweder die Möglichkeit in höherer Instanz ein anderes Urteil zu erlangen, oder Ungewisheit über die Tatsache des Judikats*) besteht (fr. 11 ht. fr. 23 § 1 de cond. ind.; c. 12, 32 ht.). Die übrigens eintretende Ungültigkeit dieses Paktums beruht nicht mehr, wie die frühere Unwirksamkeit aller *pacta d. n. p.* in Litiskrescenzsachen, auf prozessualischen Eigentümlichkeiten, sondern auf dem innern Widerspruch, der gewöhnlich mit einer Unredlichkeit auf einer oder gar auf beiden Seiten (c. 4 C. Gr. cit. c. 12 ht.) verbunden sein wird; auf ein dergestalt zustandegekommenes Paktum sich zu berufen involvirt stets einen Dolus. Das aus dem Pakt gezahlte könnte mit *cond. indebiti* zurückgefordert werden, vorausgesetzt einerseits, dass die regelmässigen Bedingungen (einschliesslich des entschuldbaren Irrtums, der aber auch ein rechtlicher sein kann) derselben vorhanden sind, andererseits dass das gezahlte nicht auf die Judikatschuld zu retiniren und zu kompensiren ist (fr. 23 § 1 de cond. ind., fr. 7 § 1, § 2 ht.).

---

*) Ebenso wird *post rem contra fideiussorem iudicatam* der Transakt des Reus zugelassen, weil durch jenen Spruch noch nicht "*omnis causa et aduersus reum et aduersus fideiussorem*" dissolvirt ist; doch war dieser Fall den Juristen zweifelhaft (fr. 7 § 1 ht.).

3) Folgen dem Transaktionsvertrag *stip. Aquiliana* und Acceptilation, so ist, soweit diese reichen, die *a. iudicati* todt (c. 32 ht.). Zulässig ist dann noch eine *in int. restitutio* (cf. c. 4, c. 5, 1 c. 22 ht., c. 25, 36, 41 eod.; — c. 3 eod.; — c. 13 eod.), oder auch eine Kondiktion der Novationsstipulation sammt der Acceptilation, oder endlich eine *a. d. dolo* (cf. c. 4, 19 ht.) oder *q. metus causa* (cf. fr. 21 § 4 q. met. c. 4, 2), vorausgesetzt natürlich dass die besondern Bedingungen jedeines dieser Rechtsmittel im einzelnen Falle vorhanden sind (cf. c. 4, 5, 11, 13, 20, 22, 27, 29, 30, 33, 35, 39 ht.).

Der Grund der verschiedenen Behandlung der unter 2), und der unter 3) gehörigen Fälle war für die Römer zunächst ein formaler, nämlich dass unter sonst gleichen Bedingungen leichter eine Exception oder Replikation gewährt wurde als eine Rescissionsklage, oder *a. doli.* Praktisch lag die Sache also: wer der *a. iudicati* die *exc. pacti* gegenüberstellen kann, dringt damit durch, es sei denn dass der Transaktionscharakter des Paktums von ihm eingeräumt oder von dem Gegenteil nachgewiesen würde; wer aber auf Novation und Acceptilation sich beruft, gegen den hilft dem Kläger *ex iudicato* der Nachweis des Transaktionscharakters der fraglichen Geschäfte allein nicht, vielmehr muss die Begründung eines der genannten Angriffsmittel hinzutreten.

Das Resultat der Uebertragung auf das heutige Recht hängt lediglich von der Natur ab die wir unsern Erlassverträgen beilegen: unterscheiden wir noch hemmende und aufhebende Verträge? und falls dies verneint würde, sind unsere Erlassverträge von der einen oder von der andern Art.

Statt eingehender Bezugnahme auf die Darstellung dieser Lehre bei Neueren kann ich hier nur auf Risch Vergl. § 11 und die gangbaren Lehrbücher, namentlich Puchta Pand. § 294 Vorles. II. § 294 Arndts Pand. § 269 v. Vangerow Pand. III. § 668 v. Keller Pand. § 284 Windscheid Pand. II. § 414 Brinz Pand. I. § 42 verweisen.

K. UEBER DIE KOLLISION VERSCHIEDENEN PERSONEN ZUSTAENDIGER NOXAEDATIONSANSPRUECHE.

ZU KAP. X. N. 21.

Gewis ist dass Paulus fr. 2 pr. si ex nox. 2, 9, dem Ofilius (fr. 1 pr. eod.) entgegentritt, "*sed alio iure utimur*", und dass die Kompilatoren die Meinung von Paulus gebilligt haben. Dagegen wird die Auffassung von Ofilius anscheinend unverändert, und ohne direkte Widerlegung auch von Ulpian fr. 14 pr. de nox. act.: "*. . . et uerius est occupantis meliorem esse condicionem*" vorgetragen, während fr. 2 § 3 (a. E.) de priu. del. 47, 1, das sich bezieht auf mehre wider denselben Verletzten begangene Delikte, einen Fall über den nach fr. 20 de nox. act. ohnehin kein Zweifel bleibt, hier nicht mitzuberücksichtigen ist.

Eine systematische Interpretation der drei erstgenannten Stellen (fr. 1 § 1 si ex nox., fr. 2 pr. eod., fr. 14 pr. de nox. act.) wird kaum mit Sicherheit zu geben sein, die Ausführung von Zimmern (a. a. O. 64—68) genügt weder soweit sie das äussere Verhältnis derselben zueinander, noch wo sie die innere Vorzüglichkeit der Paulinischen Ansicht darzutun trachtet. Meines Erachtens trifft die Kompilatoren ein Vorwurf und die kompilirten Juristen ein anderer.

Die Kompilatoren lassen uns im Zweifel ob Ulpian mit Ofilius schlechthin übereinstimmt, und also das "*sed alio iure utimur*" die Improbation auch seiner Entscheidung begreift, oder ob die letztere trotz fr. 2 pr. cit. auf einem beschränkten Gebiete aufrecht erhalten werden sollte. Im ersten Falle war die Aufnahme von fr. 14 pr. in seiner jetzigen Gestalt ein Misgriff; im zweiten fehlt uns der zuverlässige Anhalt um zu bestimmen unter welchen besonderen Voraussetzungen "*occupantis melior est condicio*" und folgeweise "*praecedentibus causis liberatur noxae deditus*", man könnte meinen dass auf die relative Lage der Zeitpunkte entweder der begangenen Delikte, oder der Kautionsleistungen, oder der Litiskontesta-

tionen oder anderer Prozessmomente gesehn werden sollte, aber es fehlen nähere Andeutungen.

Den Juristen aber werfe ich vor, dass sie die einzig rationelle Entscheidung des Falles übersehn haben. Einigermassen noch lässt sich die Ofilisch-Ulpianische Präventionstheorie rechtfertigen: wer sein Recht am besten wahrzunehmen weiss soll den Vorzug haben. Aber einmal dürfte hierauf doch nur gesehn werden, wenn zuvor festgestellt wäre, dass die Rechte an sich von gleicher Güte; zweitens ist es nicht immer das Verdienst des Klägers zuerst ein Erkenntnis zu erlangen, Richter Beklagter Zeugen können einen vom Kläger in keiner Weise zu bezwingenden Aufschub verursachen. Bei weitem haltloser ist die Paulinische Entscheidung "*perinde noxa caput sequitur ac si uenisset*". Gesetzt derselbe nichtsnutzige Sklave habe dem A. und dem B. und dem C. Schaden zugefügt über den Betrag seines eigenen Werts, so wird eine relative Befriedigung nur derjenige von diesen Dreien erlangen, welcher zuletzt wegen der erfahrenen Beschädigung Klage erhebt, die beiden andern kommen nur dazu, zweimal prozessiren zu müssen, und dabei das eine mal als Kläger die Noxaedation zu erreichen, das andere Mal zu derselben gezwungen zu werden, im Ganzen also Zeit und Kosten völlig unnütz aufgewandt zu haben.

Prinzipiell zu rechtfertigen wäre nur ein Altersvorzug unter den Noxalansprüchen, doch in umgekehrter Reihenfolge der Pfandrechte, der nach dem Zeitpunkt des Delikts jüngere müsste vorgehn. Mit dem Delikt erwirbt A. den Anspruch auf Noxaedation, realisirt er ihn sofort, so ist gewis dass aus jedem späteren Delikt des nun in sein Eigentum übergegangenen Sklaven wider ihn als gegenwärtigen Gewalthaber geklagt werden könnte. Dass A. in der Verfolgung seines Rechts lässig ist, oder dass andere Hindernisse der Durchführung desselben entgegentreten, das darf dem A. dem zuzweit verletzten B. gegenüber keinen Vorteil bringen. Mit andern Worten: wer heut ein Noxaedationsrecht erwirbt, der darf in der Durchführung desselben nicht dadurch behindert werden, dass auf dem Noxaedationsobjekte noch andere undurchgeführte Noxaedationsrechte ruhen, da undurchgeführten Noxaedationsrechten Dritten gegenüber unmöglich grössere Wirksamkeit zukommen kann als durchgeführten; andererseits darf wer heute ein Noxaedationsrecht erwirbt nicht verlangen, dass

so lange dasselbe undurchgeführt bleibt, es von denjenigen Ereignissen unberührt gelassen werde, die sobald es durchgeführt wäre dawider wirken würden.

L. UEBER DEN ANGEBLICHEN ANSPRUCH AUF AUSTAUSCH BEI DEN TEILUNGSKLAGEN; DESGLEICHEN BEI DEN SOG. SYNALLAGMATISCHEN AKTIONEN, NEGOTIA CLAUDICANTIA, EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS.

ZU KAP. XII. N. 1.

Eck, Die s. g. doppelseitigen Klagen § 9 und § 14, konstruirt sich das Wesen der Teilungsklagen dergestalt: die Auseinandersetzung ist ein zweiseitiges Veräusserungsgeschäft, ein Tausch im weitern Sinn; das Recht jedes Genossen auf Teilung ist nichts anders als ein Anspruch auf Vollziehung eines solchen Tauschvertrags, eine *obligatio ad permutandum*; sind die Parteien über alle Punkte einig, "so können sie diesen Vertrag sofort aussergerichtlich erfüllen". "Für den andern Fall aber, wo an Einigung der Genossen mehr oder minder fehlt, ist eben jedem derselben die Klage gegeben, in Folge deren der Richter durch seinen Spruch den mangelnden Parteiwillen ersetzt, die gesetzlich nicht vorgeschriebenen Modalitäten der Teilung bestimmt, und diese letztere zugleich selbst ausführt" (vgl. zumeist 140—41).

Die Zeichnung ist klar, das Gezeichnete nicht undenkbar; namentlich auch mit unserer Auffassung des Gegensatzes von Anspruch und Aktion wohl zu vereinen. Die Teilungsklagen wären Aktionen die lediglich der Verfolgung von Ansprüchen dienten, aber Ansprüchen von doppelter Art, teils einfachen auf Leistungen nur des Gegners, teils komplizirten auf Austausch gegnerischer Leistungen wider eigne. Wenn Windscheid Pand. II. § 459, 3, sagt: "jeder Teilhaber ist verpflichtet auf Verlangen des Genossen mit demselben abzuteilen", so kommt dies der Eckschen Ansicht sehr nahe.

Zur Unterstützung wird angeführt, dass die Römer selber die freiwillige Teilung ein dem Kauf oder Tausch analoges

Geschäft, "*do ut des*" oder "*do ut facias*" bezeichneten: c. 1 comm. utr. iud. 3, 38, fr. 7 § 13 comm. diu. 10, 3, c. 3 comm. diu. 3, 37, fr. 20 § 3 fam. erc. 10, 2, fr. 77 § 18 de leg. II., fr. 40 § 2 de pact. 2, 14. — Da diese Behauptung im allgemeinen zuzugeben ist, verlohnt es sich nicht näher auf das einzugehn was betreffs einzelner Stellen einzuwerfen wäre. — Die weitere Beweisführung ist nicht gerade zwingend: die vorgetragene Auffassung begründe die wichtigen Konsequenzen,

α) dass durch die Auseinandersetzung andre Rechtsbeziehungen als die der Parteien zum gemeinschaftlichen Gegenstande nicht berührt werden, fr. 18 comm. diu. 10, 3;

β) dass mit dem veräusserten Anteil auch die auf denselben vorher gelegten Lasten auf den Erwerber mitübergehn, fr. 7 § 4 quib. mod. pign. 20, 6, fr. 17 de usurp. 41, 3, fr. 31 de usu. leg. 33, 2;

γ) dass der Veräusserer für die ihm angeblich zuständigen Rechte an der Sache (Eigentum und resp. Besitz) nach den Regeln des Verkaufs oder Tausches Gewähr zu leisten hat, c. 7 comm. utr. iud. 3, 38;

auch gelte dies alles bei einer Privatteilung ganz ebenso wie bei der durch den Richter bewirkten. — Es wird nicht dargetan, dass die Erscheinungen α)—γ) nur als Konsequenzen der Eckschen Auffassung zu erklären seien, und nicht nachgewiesen dass die richterliche Teilung der Privatteilung auch in den übrigen Beziehungen gleichstehe. Auch die von Windscheid angezogene c. 5 comm. diu. 3, 37: "*in communione uel societate nemo compellitur inuitus detineri*" beweist die Verpflichtung der einzelnen Genossen die Gemeinschaft durch Vornahme eines Quasitauschgeschäfts zu lösen in keiner Weise.

Aus der Unbewiesenheit aber ergibt sich die Unrichtigkeit der Eckschen Ansicht noch nicht; wol aber aus folgenden Erwägungen.

I. Versuchen wir den jenseitigen Gedanken auszudenken:

a) Die Genossen wären verpflichtet einen Quasitauschvertrag zu erfüllen, einander Leistung um Leistung zu machen. Ein solches Rechtsverhältnis wäre möglich gewis: A. hätte dem B. ein Rind um zehn Schafe, B. dem A. zehn Schafe um ein Rind zu leisten. Aber passt die Gemeinschaft in dies Schema?

Uns stört dass was zu leisten und gegenzuleisten wäre einstweilen noch nicht feststeht, und von dem Einzelnen auch nicht festzustellen ist. A. will ein reales Stück haben das seinem Halbeigentum am ganzen Fundus entspricht; aber welches Stück? rechts links oder unten? wo laufen die Grenzen? und wie wären dieselben anders als durch Einigung zwischen A. und B. zu schaffen? Und soll denn wirklich körperlich geteilt werden? bei einer Statue einem Pferde? wer soll die Sache haben, wer den halben Wert zahlen? wer das Eigentum, wer den Niessbrauch haben? — Das alles und was weiter dem ähnlich soll erst gefunden werden, und ist ohne Zusammenwirken von Kläger und Beklagtem gar nicht zu finden. Es ist also zur Zeit auf Leistung um Gegenleistung noch gar nicht zu klagen, da beide erst noch bestimmt und begrenzt werden müssen. Der Anspruch könnte also zunächst auch nur darauf gehn, dass

b) der andere (zu beklagende) Genosse mit dem ersten (klagenden) Genossen sich vereinige, einen Vertrag darüber schliesse was A. und was B. erhalten solle. Also Anspruch nicht schon auf Leistung um Gegenleistung, sondern erst auf kontraktliche Einigung über die Höhe von Leistung und Gegenleistung. Ist aber diese Denkfigur rechtlich möglich? Wohl kennen wir *obligationes ad contrahendum*, *ad mutuum dandum*, *ad emendum*, *ad uendendum?* In allen bekannten Fällen steht aber der Inhalt des zu kontrahirenden Kontrakts bereits fest, und soll nicht erst durch weitere Willenseinigung der *ad contrahendum* obligirten Personen geschaffen werden. Gibt es eine *obligatio ad mutuum dandum* wo der Betrag des Darlehns, eine *obligatio ad uendendum* oder *ad emendum* wo die Bestimmung von Waare und Preis noch von dem Konsens der Parteien abhangen? Den eigenen Willen in Einklang zu setzen mit dem Willen eines Andern, und zwar nicht etwa als Diener oder Gehülfe sondern als gleichberechtigter Kontrahent, kann das überall in rationeller Weise zum Inhalt einer obligatorischen Verpflichtung gemacht werden?

II. Wir sind gewöhnt in den Römischen Formeln dem präzisen Ausdruck der zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zu begegnen; wir kennen die Adjudikationsklausel der Hauptsache nach aus direkter unzweifelhafter Ueberlieferung, und diese Klausel entspricht weder der unter Ia) noch der unter

Ib) skitzirten Auffassung. Diese würden vielmehr Gebilden etwa dergestalt

s. p. Nm. Ao. pro parte locum dare oportere

s. p. Nm. cum Ao. diuisionem contrahere oportere

geführt haben.

III. Während der ganzen Herrschaftszeit des Formularprozesses ist es allgemeine Regel, dass wenn jemand Leistung schuldet und unterlässt, die Verurteilung auf den Geldwert der Leistung geht; völlig unerhört aber ist dass der Richter bei andauernder Kontumaz die Vornahme der geschuldeten Leistung an Stelle des Schuldigen selber bewirkt. Z. B. wenn im Falle der *a. tributoria*, der hier am nächsten liegt, der Gewalthaber nicht teilt wie er soll, so teilt nicht etwa der Richter statt seiner, sondern verurteilt den Gewalthaber in den Geldwert des Interesses. Nur bei den *actiones in rem* (aber die Ansprüche aus Gemeinschaft sollen ja obligatorische sein) ist bekanntlich streitig, ob das ergangene Erkenntnis, das der Verurteilte unerfüllt lässt, nachträglich wider die Sache exequirt werden konnte; dass ohne voraufgegangenes Erkenntnis Richter die Exekution in die Sache gleich selber in die Hand nähme, ist auch hier ohne Beispiel. Allerdings kennt das Römische Recht in einigen Fällen unmittelbare Eingriffe der Gerichtsgewalt, wie Besitzübertragungen und Freierklärungen, aber stets nur unter Voraussetzung einer Kontumaz, nicht wider den der auf ordnungsmässigen Prozess sich eingelassen, und stets ist der Magistrat, nicht der bestellte Richter, Organ des Eingreifens.

IV. Die Römischen Juristen betonen nachdrücklich, dass in den Teilungsklagen zwei Elemente stecken, "*mixtam causam habent*" "*ex duobus constant*" "*res et praestationes personales*" "*magis ad personales praestationes pertinet quam ad communium rerum diuisionem*" u. s. w. Nach Eck bestünde der Inhalt lediglich aus diesen *praestationes personales*.

Nach dem allen muss die Eck sche Auffassung unhaltbar, und wol auch der Windscheid sche Ausdruck gefährlich scheinen. Uebrigens ist die Differenz keine blos theoretische oder doch für das heutige Recht unpraktische. Einer Konsequenz betreffs des *forum rei sitae* ist schon oben XIII. N. 38, gedacht. Ferner müsste Eck konsequent im Konkurse den Anspruch auf Teilung und den auf die übrigen Prästationen

gleich behandeln; er müsste annehmen dass derselbe Anspruch durch die *stipulatio Aquiliana* und durch erbloses Versterben des Pflichtigen unterginge. Aber warum soll die persönliche Verpflichtung durch Veräusserung des Teilrechts erlöschen? Weil sie *in rem scripta* ist — doch warum ist sie *in rem scripta?* und kennen wir eine einzige unter diesen Namen zu fassende Verbindlichkeit deren wirkliches Objekt nicht die innegehabte *res* sondern die innehabende Person wäre.

Dass aber unsere Ansicht von den Teilungsklagen auch mit den anfangs unter *α—γ*) aufgeführten Sätzen, desgleichen mit fr. 8 § 1 comm. diu. 10, 3 (Konkurrenz der *C. D.* mit einer "*incertae partis uindicatio*") und mit fr. 30 eod. (Besitz auf keiner Seite erforderlich) sehr gut vereinbar ist, wird eines eingehenden Nachweises wol nicht bedürfen.

Ein Bild ähnlich dem von Eck gegebenen ist früher schon zur Charakterisirung einer andern Gruppe von Aktionsverhältnissen benutzt worden. Nach Keller, Jahrb. des gem. D. Rs. IV. 337 f., soll bei den zweiseitigen Kontrakten, und namentlich bei dem Kaufe das Recht der Kontrahenten auf einen "Austausch der vertragsmässigen Leistungen" gerichtet, und danach das Petitum allemal zu formuliren sein "nicht dahin dass Beklagter verurteilt werde das Pferd zu tradiren, sondern nur dahin, gegen Bezahlung von 200 Thlr. das Pferd zu tradiren". Keller hat für seine Ausführungen eben so viele Anerkennung wie wenig Zustimmung gefunden (doch sind die Inauguraldissertationen von Karlowa, *De natura atque indole συναλλάγματος quod emptioni uenditioni ceterisque obligationibus mutuis inesse dicitur*, Bonn 62, und von Tiktin, *De nat. bilateralium obligationum*, Berlin 67 zu nennen). Meines Erachtens mit vollem Recht: jenes von ihm verworfene Petitum müsste eine Pluspetition involviren ("es ist ein grösseres Recht geradezu Tradition zu fordern, ein kleineres sie nur gegen Entrichtung des Preises zu fordern: nur das kleinere Recht steht dem Käufer aus dem blossen Kaufsabschlusse zu, und dieser fordert mehr als ihm zukommt, wenn er das erstere fordert"), was quellenmässig nicht zu begründen ist; auch zeugen die Klagformeln wider ihn die, so genau sie sich übrigens den durchzuführenden Rechtsverhältnissen anschliessen, nirgends auf solche Austauschforderung hinweisen.

Die Kontroverse wider Keller und Anhänger liegt hier ausser meiner Aufgabe, dagegen wird es zweckmässig sein einige der hervorstechendsten Eigentümlichkeiten der zweiseitigen Kontrakte mit meiner Obligationentheorie zu vergleichen, teils zur Kontrollirung dieser Theorie, teils um die eigene frühere Darstellung (Jahrb. d. g. D. Rs. V. 116 f.) zu berichtigen und zu ergänzen.

Wenn Anspruch und Aktion, in der angegebenen Weise, scharf auseinandergehalten werden, so erklären sich alle sonst zum Teil auffallenden Erscheinungen leicht und natürlich. Das Wesen des zweiseitigen Kontrakts oder Quasikontrakts besteht darin, dass er zugleich zwei Aktionen, für jeden der beiden Kontrahenten eine, existent werden lässt. Diese Zweiseitigkeit findet sich auch da unverändert, wo die eine dieser Aktionen *directa* die andere *contraria* heisst (*contr. bilaterales inaequales*), die Ungleichmässigkeit liegt nur in den Ansprüchen, die auf der einen Seite (*a. directa*) immer, auf der andern (*a. contr.*) nicht immer vorhanden zu sein brauchen, während *emptor* und *uenditor*, *locator* und *conductor* stets beide Ansprüche haben, von den *socii* jeder gleich Ansprüche haben oder nicht haben kann. Zu beachten ist nun vornehmlich zweierlei. Einmal, dass die Aktion zwar das beste und kräftigste aber keineswegs das einzige Schutzmittel der Ansprüche ist; ich kann für einen Anspruch, und zwar ebensowol für einen durch Aktion geschützten wie für einen durch Aktion nicht geschützten Anspruch ein *pignus* haben, oder die Befugnis ihn durch Abrechnung (Kompensation) bei der Verfolgung entgegenstehender Ansprüche zu realisiren, oder die Befugnis während seines Bestehens zu gewissen andern Leistungen nicht gezwungen werden zu können (Retentionsrecht). Sodann dass bei zweiseitigen Geschäften die beiden Aktionen für sich, abgesehn von allen Ansprüchen, auch aneinander nicht unlösbar gebunden sind: es könnte von beiden eine, z. B. durch Novation Acceptilation Konsumption, aufgehoben werden während die andere bestehn bleibt; es könnte aber auch von vornherein von beiden nur die eine existent werden, wenn besondere Verhältnisse der Entstehung der andern im Wege ständen. Diese Unabhängigkeit der einen Aktion von der andern hat schon einen historischen Anhalt daran, dass vermutlich (vgl. oben Kap. VII. S. 150) die *actiones contrariae* immer erst nach den

entsprechenden *directae* sich entwickelt haben. Sie ist aber auch im fertigen klassischen Recht etwas durchaus unbezweifeltes, vgl. z. B.

fr. 28 de minor. 4, 4 (Cels.): *cum minor quinque et uiginti annis aduersus eum cum quo tutelae egit restituitur, non ideo tutori contrarium tutelae iudicium restituendum est.*

Wir betrachten zunächst die Fälle, wo die Aktion und mithin auch die Obligation nur auf der einen Seite zur Entstehung kommt. Ein Pupill kann ohne Mitwirkung des Tutors eine Aktion durch Rechtsgeschäft erwerben, aber nicht eine Aktion wider sich schaffen, d. h. sich obligiren; nur dass nach dem Reskript von Divus Pius er *in quantum locupletior factus est* aus dem Faktum der Bereicherung nicht aus dem gewollten Geschäft belangt werden kann, und also obligirt ist. Dieses Nichtobligirtwerden hat aber mit dem Entstehn oder Nichtentstehn von Ansprüchen wider den Pupillen nichts zu schaffen; Ansprüche können entstehn wider ihn, sie können weil es an der Aktion fehlt nicht klagbar wider ihn verfolgt, wol aber in anderer Weise, z. B. durch Kompensation geltend gemacht werden. Schliesst also der Pupill ohne Autorität mit dem Erwachsenen ein an und für sich zweiseitiges Geschäft, so erhält der Pupill wider den Erwachsenen, aber nicht der Erwachsene wider den Pupillen Aktion, m. a. W. er ist dem Pupillen aber nicht auch ist ihm der Pupill obligirt; Ansprüche können hüben und drüben entstehen, deren klagbare Verfolgung konsequent dem Erwachsenen versagt und dem Pupillen freigegeben ist; wird demgemäss Klage von seiten des Pupillen erhoben, so kann auch der Erwachsene seine Ansprüche, aber nur durch Abrechnung zur Geltung bringen. Das mit Notwendigkeit aus unserer Anschauung der Sache resultirende Bild entspricht genau dem von den Quellen bezeugten Zustande:

pr. I. de auct. tut. 1, 21: .... *ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur, at inuicem pupilli non obligantur.*

fr. 13 § 29 de A. E. V. 19, 1 (Ulp.): ... *ex uno latere constat contractus; nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.*

fr. 3 § 4 de neg. gest. 3, 5 (Ulp.): ... *pupillus ... agendo autem compensationem eius quod gessit patitur.* cf. fr. 5 § 1 de auct. tut. 26, 8, fr. 7 § 1 de resc. uend. 18, 5.

Dafür dass trotz dem Ausbleiben der Aktion Ansprüche wider den Pupillen erwachsen können, mag beiläufig erinnert werden an die Verhaftung der Fidejussoren (Gai. III. 119, fr. 35 de recept. 4, 8, fr. 42 de iurei. 12, 2, fr. 127 de V. O. 45, 1, fr. 25 de fidei. 46, 1, fr. 55 § 4 de solut. 46, 3), an die Bedeutung einer spätern Promission unter Auktorität (fr. 19 § 4 de donat. 39, 5), oder einer Zahlung nachdem der Pupill zahlfähig geworden, oder ein Anderer zahlfähiger an seine Stelle getreten (fr. 21 pr. ad l. Falc. 35, 2, fr. 64 pr. ad SC. Trebell. 36, 1, fr. 25 § 1 quando d. leg. 36, 2, fr. 44, 95 § 2 de solut. 46, 3). Andererseits ist schlagend

> fr. 1 § 2 commod. 13, 6 (Ulp.): *impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec constitit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate, neque adeo ut etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit hac actione non tenentur, quia ab initio non constitit.*

Dass aus *dolus* und *culpa* des *pubes factus* Ansprüche erwachsen, war nicht zu bezweifeln, mit der *actio commodati* sind aber dieselben nicht zu verfolgen, weil das Kommodat als einem Pupillen gegeben keine Aktion gezeugt hat.

Aehnlich wo der eine Kontrahent Sklave oder Haussohn wäre: für die Entstehung der Ansprüche sind diese Verhältnisse indifferent, von Bedeutung für die Aktionen. Der Dritte wird dem Herrn stets voll obligirt, der Herr dem Dritten überhaupt nur unter Umständen, und auch dann oft nur *peculiotenus*. Aber dieselben Ansprüche, für welche die Aktion mit dem Betrage des Pekulium abschneidet können kompensationsweise voll durchgeführt werden:

> fr. 9 pr. de compens. 16, 2 (Paul.): *si cum filio familias aut seruo contracta sit societas, et agat dominus uel pater, solidum per compensationem seruamus, quamuis si ageremus duntaxat de peculio praestaretur.* — fr. 31 § 1 de R. C. 12, 1, fr. 24 § 1 de A. E. V. 19, 1, fr. 57 pr. de aed. ed. 21, 1.

Ebenso auch wo Dolus das Zustandekommen einer *bonae f. actio* auf der einen Seite verbietet:

> fr. 34 § 3 de contr. empt. 18, 1 (Paul.): . . . *si emptor solus scit, non obligabitur uenditor, nec tamen ex uendito quicquam consequitur, nisi ultro quod conuenerit praestet.*

Dass das einseitige Wissen des Venditors dem Zustandekommen

seiner Aktion nicht gleichfalls im Wege steht, könnte auffallen an sich, ist aber für unsere Frage bedeutungslos; zu vergleichen noch fr. 57 eod.

Wenden wir uns zu der vielgenannten *exceptio non adimpleti contractus*. Zwischen all denjenigen Ansprüchen, deren Entstehung aus einem und demselben Rechtsgeschäft herzuleiten ist, bestehen im entwickelten Römischen Rechte gewisse nahe Beziehungen: dieselben bestehen vornehmlich darin, dass sämmtliche Ansprüche die einer solchen Gruppe angehören, mit Einer Aktion verfolgt werden wenn nicht müssen doch können. Insofern diese Ansprüche nun den gegenüberstehenden Parteien angehören, ergibt sich hieraus mit Notwendigkeit die Zulassung einer gegenseitigen Aufrechnung im Prozesse, die damals um so weniger Schwierigkeiten begegnen konnte, als die Richter gewöhnt waren alle nichtpekuniären Forderungen vor der Kondemnation in Geld umzusetzen. Diese Beziehung, die wir "Kompensationsverhältnis" nennen wollen, bestand wie gesagt zwischen allen Ansprüchen der Gegner die aus Einem Rechtsgeschäft herrührten, Gai. IV. 61, 63. Zwischen einigen derselben aber bestanden noch andere, noch intimere Relationen. Eine von diesen nennen wir "Retentionsverhältnis" und bemerken ausdrücklich, dass dasselbe nur unter besondern Voraussetzungen neben das Kompensationsverhältnis tritt. Ein Retentionsverhältnis besteht unter zwei einander gegenüberstehenden Ansprüchen dann, wenn ein Teil das aus dem wider ihn gerichteten Anspruche zu Leistende zurückhalten darf so lange, bis der andere geleistet hat; diese Berechtigung steht bald einseitig nur dem einen Teile, bald gleichseitig beiden zu; das gleichseitige Retentionsverhältnis führt wenn beide auf ihrem Rechte bestehn wollen zur gleichzeitigen Leistung. Wieviel vorteilhafter das Retentionsverhältnis dem Berechtigten, ist leicht zu sehn: das Kompensationsverhältnis schützt ihn für den Ueberschuss der eignen Schuld gar nicht, das Retentionsverhältnis schützt ganz, freilich nur dilatorisch, aber zu dem Zeitgewinn kam die Möglichkeit bei voreiliger Klagerhebung des Gegners ganz frei zu werden.

Dass dies Retentionsverhältnis, wie bisweilen angenommen zu werden scheint, bei den *b. f.* Aktionen eine ähnlich allgemeine Verbreitung gehabt wie das Kompensationsverhältnis, ist in den Quellen nirgends angedeutet,

vielmehr sind alle einzelnen Fälle desselben als Spezialitäten zu erfassen:

a) ein solches und zwar gegenseitiges Retentionsverhältnis besteht zwischen dem Anspruch des Käufers auf Leistung der Waare und dem des Verkäufers auf den Preis. Bis der Preis gezahlt ist darf Verkäufer die Waare einbehalten, an der er somit ein *quasi pignus* wegen seiner Preisforderung erhält.

fr. 31 § 8 de aed. ed. 21, 1 (Ulp.): . . . . *nam uenditor pignoris loco quod uendidit retinet quoad emptor satis faciat.* — cf. fr. 57 pr. eod., fr. 31 § 1 de R. C. 12, 1; fr. 22 de her. uend. 18, 4, fr. 14 § 1 furt. 47, 2; fr. 13 § 8 de A. E. V. 19, 1 (Ulp.): . . . . *etsi pretii partem offerat nondum est ex empto actio; uenditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam uendidit.*

"*nondum est ex empto actio*" leugnet selbstverständlich nicht das Dasein der zweifellos *ex consensu* bereits erwachsenen *ex e. actio*, sondern nur deren gegenwärtige Brauchbarkeit (vgl. Zschr. f. R. G. IX. 378 f.). — Umgekehrt kann Käufer den Preis zurückbehalten bis die Waare ihm vollständig übergeben ist; es gibt eine "*exceptio mercis non traditae*" (fr. 5 § 4 de exc. doli 44, 4), die vollständig lautete "*si ea pecunia qua de agitur non pro ea re petitur quae uenit neque tradita est*" (fr. 25 de A. E. V. 19, 1). Der Einrede der nicht erfolgten Tradition steht gleich die der erlittenen Eviktion (wieweit auch die der drohenden vgl. Jahrb. d. gem. D. Rs. VI. 323 f.), dem Erfolge nach auch die der Redhibition, und zwar nicht blos der vollbrachten (fr. 5 § 4 de exc. doli 44, 4, cf. fr. 14 de except. 44, 1), sondern auch die der erst vorzunehmenden (fr. 59 pr. de aed. ed. 21, 1: . . . . *redhibendae rei* . . . cf. § 1). Wird mit ausdrücklicher Verabredung, "*ea lege ut soluta pecunia traderetur possessio*" (fr. 78 § 2 de contr. empt. 18, 1) verkauft, so wird damit nicht blos das dem Verkäufer ohnehin zuständige Retentionsrecht bestätigt, sondern es liegt hierin vielmehr ein Verzicht auf die eben besprochene Berechtigung des Käufers (cf. Gai. IV. 126). Ueberhaupt konnten aus dem Aufeinanderstossen der gegenseitigen Befugnisse Schwierigkeiten hervorgehn, die man bestens zu heben bemüht war (cf. fr. 26 de aed. ed. 21, 1: . . . *potiusque res ita ordinanda sit, ut emptor caueat si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit se mancipium restituturum*). Noch muss bemerkt werden, dass die Retention

des Preises keineswegs durch alle Gegenansprüche *ex empto* begründet wird, namentlich nicht durch solche welche direkt auf Geldleistungen gehn, vielmehr hier blos die Kompensation zu fordern ist, cf. fr. 41 de A. E. V. 19, 1.

b) Einem einseitigen Retentionsverhältnis begegnen wir bei der Miete. Nach Beschaffenheit der Leistungen wäre ein gegenseitiges Retentionsverhältnis hier undurchführbar. Ist nichts anders ausbedungen, so ist wenigstens bei der Sachmiete die Merces seitens des Konduktors nicht zu zahlen bevor er die entsprechende Gegenleistung von seiten des Lokators bereits erhalten hat; das ist direkt nirgends ausgesprochen, folgt aber aus fr. 27 § 1, 24 § 2, 55 § 2 locati 19, 2 und andern ähnlichen Stellen.

c) Ueberall, wo Restitution einer Spezies zu fordern ist, hat der Restitutionspflichtige wegen gewisser Impensen ein Retentionsrecht an der Sache.

> fr. 15 § 2 de furt. 47, 2 (Paul.): . . . *si ob aliquos impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris . . . . eo casu quasi pignoris loco ea res fuit* — fr. 59 eod.

Selbstverständlich gilt dasselbe bei Sachen die sich in der Hand des Depositars, Pfandgläubigers, Mandatars, Tutors u. s. w. befinden. Ebenso ersichtlich dass dies Retentionsverhältnis kein gegenseitiges ist.

d) Bei allen Obligationen auch den einseitigen kann ein einseitiges Retentionsverhältnis begründet werden, sobald der Gläubiger *in mora accipiendi* kommt, und demnächst dem Schuldner Gegenforderungen aus derselben erwachsen; vor Befriedigung dieser Gegenforderungen braucht Schuldner die Hauptsache nicht zu leisten.

Diese Aufzählung mag leicht zu mehren sein. Ein potenzirtes gegenseitiges Retentionsverhältnis besteht nach Römischem Rechte bei allen Innominatkontrakten; ein einfaches überall da noch, wo es durch den besondern Willen der Parteien begründet ist.

Die Resultate hieraus für die s. g. *exc. non adimpleti* sind kurz folgende:

die Einrede ist bei dem Aufeinanderstossen von Ansprüchen aus zweiseitigen Kontrakten nicht überall, sondern nur da begründet, wo das Dasein eines Retentionsverhältnisses unter

den einander gegenüberstehenden Ansprüchen nachweislich ist; sie ist eine wahre dilatorische Exception, Behauptung die Erfüllung einer Schuld unterlassen zu dürfen wegen des Bestehens eines eigenen Anspruchs an dem diese Retentionsbefugnis haftet;
zu beweisen hat Beklagter das Dasein seines Anspruchs und das zu Gunsten desselben bestehende Retentionsverhältnis;
wo Kläger das Existentgewordensein eines solchen Anspruchs in der Klage selber zugeben sollte (wie dies z. B. bei den Gegenforderungen aus Kauf und Verkauf gewöhnlich, aber nicht auch da der Fall sein wird wo wegen Impensen einzubehalten wäre), braucht mit der Klage selber die Behauptung der Aufhebung oder sonstigen Beseitigung des Anspruchs doch nicht verbunden zu werden, da die Ausübung der Retentionsbefugnis von dem Willen des Beklagten abhängt; will Beklagter in solchem Falle retiniren, so kann er zum Beweise seiner Berechtigung sich auf das Anerkenntnis des Klägers beziehn, der erst hiernach *replicando* vorzubringen hat womit der gegenwärtigen Ausübung der beklagtisen Retentionsbefugnis zu begegnen wäre.

Neben dem Kompensations- und dem Retentionsverhältnis ist beiläufig noch einer andern Beziehung zu gedenken, die bisweilen einzelne in dieselbe Aktion gehörige Ansprüche mit einander verbindet, und etwa wegen des gemeinsamen Unterganges "Kommorienzverhältnis" genannt werden könnte; so nämlich, dass der Zufall, der die eine Leistung unmöglich macht und damit den einen Anspruch aufhebt, zugleich den andern mitvernichtet. Es liegt nahe einen innern Zusammenhang zwischen den Retentions- und den Kommorienzverhältnis zu vermuten, aber das Römische Recht hat demselben, wie bekannt, nicht zur äussern Geltung verholfen: bei der *locatio conductio* haben wir einseitige Retention und Kommorienz vereint, bei der *emptio uenditio* gegenseitige Retention und doch keine Kommorienz. Indessen ist doch soviel unverkennbar, dass das Verhalten der gegenüberstehenden Ansprüche zu einander gerade beim Kauf den Römern andauernd Schwierigkeiten bereitet hat, und keineswegs zu durchaus befriedigenden Resultaten durchgeführt ist. So vieles bei dem vielbesprochenen fr. 50 de A. E. V. 19, 1 (Labeo) zweifelhaft bleibt, gewis ist, dass wenn *legis beneficio* der Anspruch auf

den Preis erlischt bevor die Waare übergeben ist, auch die Waare nicht mehr gefordert werden kann; wahrscheinlich dass, wenn die Waare vorher tradirt war, Verkäufer sie nicht wieder zurückerhält — aber wie stimmt jenes dazu, dass der ebenso kasuelle Untergang des Anspruchs auf die Waare den Untergang des Anspruchs auf den Preis nicht nach sich zieht? und liegt in diesem nicht eine Belohnung des Verkäufers der mit der Tradition wenn nicht säumig doch lässig gewesen ist. Im fr. 11 § 18 eod. erklärt Julian, freilich wie es scheint im Widerspruch zu seinen Zeitgenossen, für unzulässig ("*bona fides non patitur*"), durch Vertrag *de non praestanda euictione* auszumachen "*ut emptor rem amitteret et pretium uenditor retineret*". Aehnlich wird fr. 33 locati 19, 2 von Afrikan ohne die Annahme eines unpassenden Ausdrucks ("*si uendideris mihi fundum, isque priusquam uacuus traderetur publicatus fuerit*") oder einer Antinomie mit fr. 11 pr. de euict. 21, 2 von Paulus, das die Analogie der gemeinen Regel für sich hat, kaum zu erklären sein.

M. UEBER WIRKSAMKEIT UND DURCHFUEHRUNG DER PRAEJUDIZIALPRAESKRIPTIONEN.

ZU KAP. XIII. N. 28 S. 266.

Die Frage liegt eigentlich ausserhalb des Bereichs dieser Untersuchungen, flicht sich aber dergestalt in die Betrachtungen deren Resultate im Text zusammengestellt sind, dass ohne Auseinandersetzung mit ihr nicht recht aus der Stelle zu kommen ist. Auch hier handelt es sich um eine spezielle Gestaltung der weittragenden Frage nach Rechtskraft der Gründe.

Als "*praeiudicium*" bezeichnet der ältere Sprachgebrauch ein früheres "*iudicium*" dem späteren gegenüber in zwei Fällen, wenn in diesem dieselben Rechtsfragen und wenn dieselben Tatfragen wiederkehren. Selbstverständlich konnten Sponsionen allemal nur den Zweck haben Sachpräjudizien (nicht Rechtspräjudizien) herbeizuführen; δ, ξ, γ, ο, σ, τ, φ, vermutlich auch ε, η, ϑ, ζ, führen uns derartige sachlich präjudizirende Sponsionen vor, bei denen die Beziehungen der

Sponsionsbehauptung zu der nachfolgenden Entscheidung bald nähere und bald fernere sind. Die Mannigfaltigkeit scheint so gross, dass es unmöglich wird den Begriff einer solchen Präjudizialsponsion scharf zu definiren, desgleichen ihre Wirksamkeit genau zu bestimmen; ihre grosse Wichtigkeit aber erhellt zumeist aus δ, ε, ξ (cf. γ), σ, τ. Dieselbe Schwierigkeit der Definition von Begriff und Wirkung ergibt sich, wenn wir andere (nicht Sponsions-) Sachen ins Auge fassen, welche in Zeugnissen aus derselben Zeit als präjudizirende aufgeführt werden. Hauptquelle Cicero: diuin. 12; in Verr. II. 2, 174; II. 3, 152—53; pro Cluent. 6, 9, 47—59, 62, 68, 76, 80, 88—92, 96, 98, 102—6; pro Mur. 60; pro Planc. 55; pro C. Rab. Post. 20, 32; pro Mil. 12, 14, 15. de leg. III. 47. Ferner: Suet. Caesar 23; Seneca de benef. IV. 35; cf. Quint. decl. 388, M. Senec. contr. II. 9. Dass Cicero die verschiedenen Präjudizien gerade als Praktiker traktirt, zeigt deutlich wie schwer dieselben damals wogen, nebenher ist interessant zu sehn, was alles "*praeiudicium*" genannt und als solches besprochen wird, Beschlüsse des Senats, Verfügungen von Censoren und Prätoren, und zwar Gerichtsweigerungen so gut wie Klagannahmen, von Zeugen auch von der Partei selber abgegebene Erklärungen. Was besonders die präjudizirenden richterlichen Erkenntnisse anlangt, so scheint den "*inter alios*" ergangenen kaum irgend weniger Wirksamkeit zugeschrieben zu werden als denen "*inter partes*". Das Präjudizialrecht war also dazumal noch ein völlig unausgedachtes und unfertiges. Wol nicht seltener im Ganzen, doch häufiger in den rhetorischen Schriften als in den praktischen, wird der Rechtspräjudizien Erwähnung getan, z. B. ad Herenn. II. 18—20, 46; Cicer. de inuent. I. 82, 83; II. 67, 68; de orat. II. 116; part. or. 125—6; top. 28; feststehn die Bedingungen und die Tragweite des Rechtspräjudizes ebensowenig wie die der Sachpräjudizien, vielmehr stellt sich ganz dieselbe Unsicherheit heraus wie betreffs der Rechtspräjudizien (vgl. ad Her. II. 22 und in Verr. II. 2, 68—73). Es wäre zuviel gesagt, wollte man behaupten dass Cicero Sach- und Rechtspräjudizien auseinanderzuhalten überhaupt nicht verstanden habe, aber gewis ist, dass er beide sorgfältig und sauber auseinanderzuhalten nicht durchgängig bemüht ist. Und noch der besonnene Quintilian stellt für die Benutzung beider wenigstens zum Teil gleiche Regeln auf.

inst. orat. V. 2, 1: *iam praeiudiciorum uis omnis tribus in generibus uersatur.*

α) *rebus quae aliquando ex paribus causis sunt iudicatae* (Rechtspräj.), *quae exempla rectius dicuntur;* — beiläufig dass wo nachher V. 2 von den "*exempla*" insbesondere die Rede ist, unter anderem auch auf Ciceros Behandlung der der Sachpräjudizien wider Cluentius (V. 2, 13) bezug genommen wird —

β) *iudiciis ad ipsam causam pertinentibus, unde etiam nomen ductum est* (Sachpräj.), *qualia in Oppianicum facta dicuntur* (Sache des Cluentius), *et a senatu aduersus Milonem;*

γ) *aut cum de eadem causa pronuntiatum est* (was nur bei besondern Prozessformen möglich war).

Von allen Dreien gemeinschaftlich handelt der unmittelbar folgende § 2 "*confirmantur praecipue duobus* . . . .", dann § 3 "*confugiendum ergo est in duobus prioribus* (also bei Sach- und bei Rechtspräjudizien gleichmässig) *si res feret ad aliquam dissimilitudinem causae*, ... *si id non contingit aut eadem causa erit, actionum incusanda negligentia, aut de infirmitate personarum querendum contra quas erit iudicatum, et c.* . . . ."

Nach dem allen erscheint die Wirkung, welche den Präjudizien der einen wie der andern Art zu der Zeit für den einzelnen Fall zukam, unberechenbar, wesentlich bedingt durch die Geschicklichkeit der Partei und ihrer Beistände in Benutzung und Beseitigung dieser Hülfsmittel. Zu derselben Zeit waren die Präskriptionen "*ne fiat praeiudicium*" (de inuent. II. 59), bereits erfunden, Begriff und Bedeutung des "*praeiudicium*" muss dabei ebenso schrankenlos unsicher gewesen sein wie sonst überall nach Cicero und Quintilian, und es ist deshalb, im Widerspruch zu Dernburg (Her. pet. 11) und Francke (Her. pet. 82), anzunehmen, dass auch das Centumviralgericht durch das Präjudiz eines Einzelrichters sich habe bestimmen lassen können, so gut wie es im andern Falle darüber rücksichtslos hinwegzugehn befugt war. Desgleichen muss Dernburg (a. a. O. 34) darin widersprochen werden, dass die Bedeutung der Präskription "*ea res agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat*" keine andre gewesen "als dass die Klaggründe des Klägers in der Art geteilt werden sollten, dass der *iudex* auf das Erbrecht keine Rücksicht neh-

men sollte, sondern nur der Beurteilung der andern Gründe sich unterziehe". Denn so verdienstlich an sich der Nachweis gewesen, dass derartige Einschränkungen der richterlichen Tätigkeit, auf Prüfung nur gewisser Gründe, dem Römischen Prozesse bekannt gewesen, so ist doch ohne zwingenden Beweis nicht anzunehmen, dass gerade die auf Erbschaften bezügliche Präjudizialpräskription von anderer Art war als alle übrigen Präjudizialpräskriptionen, und diese, insbesondere "*ne in reum capitis praeiudicium fiat*", "*ne libertati*", "*ne fundo*", können unmöglich als Einschränkungen der angegebenen Art gedacht werden; während von Dernburgs Seite die Unmöglichkeit unserer Auffassung auch für das "*ne praeiudicium hereditati fiat*" keineswegs bewiesen ist.

Eingeführt wurde die "*praescr. ne hereditati*" oder "*hereditatis petitioni f. praei.*" mit Rücksicht auf das Centumviralgericht (Iustin. c. 12 pr. de H. P. 3, 31), vermieden werden sollte das "*per alios tramites uiam hereditatis petitionis infringi*". Es liegt am nächsten dies von dem Ausschluss der erbschaftlichen Singularklagen, da wo die H. P. mit ihnen konkurrirte, zu verstehn (trotz obigem Widerspruch kann ich manches von dem was Dernburg, a. a. O. 4 f., gerade hierüber sagt annehmen); aber wir wissen auch dass "*multae uarietates et controuersiae ueterum exortae sunt*", was nach dem Schwanken des Präjudizialbegriffs überhaupt nicht anders zu vermuten gewesen wäre, und sehen, dass Justinian in der ganzen c. 12 cit. nicht weiter von diesen Singularklagen, sondern nur von Klagen Dritter wider den Possessor und den Petitor der Hereditas handelt. Also wird anzunehmen sein, dass die "*praescr. ne praei. hereditati f.*", neben dem voraufgestellten Zwecke, wenngleich vielleicht nicht ohne Widerspruch, auch benutzt worden ist um solche Klagen Dritter hinauszuschieben; denn dass diese Klagen zu präjudiziren und den zweiten Richter unbequem zu vinkuliren vermochten, das beweisen analog in Verr. II. 3, 132—144, 152—3, und ganz besonders die Anstrengungen Ciceros für Cluentius das Gewicht der aus Vorprozessen zwischen andern Parteien ergangenen Entscheidungen aufzuheben. Der Satz "*res iudicata ius facit*" ist von den Römern nie fertig ausgedacht und abgeschlossen, und die Einskränkung "*ius facit inter partes*" gehört erst einer spätern Entwickelungsperiode an.

Zweifel und Streit über den Umfang der Zulässigkeit der Präjudizialeinreden mag fortwährend bestanden haben, dennoch wird die Auslegung, die Planck (Mehrh. d. Rechtsstreitigk. § 27, vgl. auch Keller Civ. Pr. § 43, Rudorff R. G. II. 118) dem fr. 54 de iud. 5, 1 gibt, als eine zu vage bezeichnet werden müssen. Aus den in den Pandekten sehr häufig besprochenen Aktionenkonkurrenzen ergibt sich, dass eine allgemeine Regel "*ne per minorem causam maiori praeiudicium fiat*" der Römischen Praxis stets fern geblieben ist. Francke (H. P. 63—79) hat bereits die über das Verhältnis von Civilsachen zu den Kriminaluntersuchungen aufgestellten Irrlehren zurückgewiesen; ähnlich wird zu zeigen sein, dass auch die andern Präjudizialeinreden stets nur auf relativ beschränktem Gebiete gegolten, und als vereinzelte singuläre Institute bestanden haben. Eine Vereinigung derselben hat so wenig stattgefunden, wie dieselben je aus ein und demselben Prinzipe herzuleiten gewesen sind; "*res maior*" nannte man im Verhältnis zu einer andern diejenige Sache welcher diese nach irgend einer positiven Satzung nicht präjudiziren durfte, niemals aber ist die Sache die aus allgemeinen Gründen als "*res maior*" zu betrachten war, darum vor dem Präjudizirtwerden durch andere sicher gewesen.

Beiläufig mag noch der von Bülow (*De praei. exc.*; Prozesseinreden Kap. VI.) angeregten Frage gedacht werden, wie die Präjudizialeinreden durchzuführen waren, namentlich ob Prätor als gebunden zu betrachten, die schon anhängige Sache mittels inhibitorisches "Präjudizialdekrets", die erst in Zukunft anhängig zu machende aber mittels einer "*exceptio praeiudicii*" vor dem Präjudizirtwerden zu beschützen. Abgesehn von dem Misgriff, das inhibitorische Dekret als Verfahren "von Amtswegen" zu bezeichnen, bleibt B. das Verdienst einen Punkt berührt zu haben, wo unser Wissen noch unsicher ist, und zwar wol unsicher durch eigene Schuld, da bei genügender Durcharbeitung des vorhandenen Materials die Abgrenzung von Rechten und Pflichten des Magistrats und des Judex in den Hauptpunkten klar zu legen sein dürfte. Offenbar aber ist die angeregte allgemeine Frage, "worüber darf der Magistrat selber entscheiden, was muss er dem Judex vorlegen", nicht aus der Betrachtung einer Spezialität zu beantworten, und zudem wird die Argumentation Bülows, trotz

allem Beifall von "massgebender Seite" Vielen wenig überzeugend erscheinen (vgl. z. B. Schlesinger Gött. gel. Anz. 1869 S. 896 f.) fr. 7 de H. P. 5, 3, von Ulpian und fr. 13 de except. 44, 1, von Julian werden willkürlich zusammengestellt, andere Stücke namentlich fr. 16 und 18 de except. energisch interpretirt, und selbst bei zugegebenen Prämissen würde die Schlussfolgerung zweifelhaft bleiben. Umsomehr als das Resultat nichts weniger als unbedenklich ist: der Magistrat, in dessen Hand unbestrittenermassen die Erteilung und Formulirung der Exceptionen liegt, der sollte wenn Beklagter etwa alles Tatsächliche zugegeben und nur die Rechtsfrage verneint hätte (dass wegen dieses tatsächlich zugegebenen Präjudizirens seine gegenwärtige Klage auszusetzen sei), gleichwol unter Umständen gezwungen sein dieselben Tatfragen mittels Exception dem Richter zu einer Nachprüfung zu überweisen? Der Richter könnte höchstens über die Glaubhaftigkeit des Eingestandenen zu befinden haben (bekanntlich aber waren die Römer seit langem gewöhnt "*confessiones in iure*" ohne weiteres als bindend anzunehmen), während der Magistrat den einzigen Punkt, über den ein Zweifel wirklich bestanden, mit Erteilung der Präskription und mit der bedingten Absolutionsanweisung bereits selber entschieden hätte. Also eine Exceptionserteilung von lediglich formaler Bedeutung im Prozess der klassischen Periode? — Und andererseits, wenn nun wirklich ein vor dem Präjudizirtwerden zu wahrendes Judizium bereits im Gange wäre, das aber vielleicht nicht vor diesem Magistrat eingeleitet worden, oder dessen Beziehung zu der jetzt zuzweit vorgebrachten Sache durchaus nicht klar läge, dann sollte Magistrat die Frage, ob Sache B zu A im Präjudizverhältnis stehe oder nicht, unter allen Umständen selber zu prüfen haben, sie keinem Judex zur Untersuchung und eventuellen Berücksichtigung zuweisen dürfen? gleichviel welche Zeit ihn das kosten werde, und wie besetzt seine Zeit sonst wäre? — Was beides bis zu geführtem zwingenden Beweise unglaublich scheinen muss.

N. QUERELA NON NUMERATAE PECUNIAE.

ZU KAP. XIV. N. 24, S. 282.

Die Leiden, welche diese Querel der modernen Praxis verursacht, schildert treffend das Gutachten des O. A. G. Cassel das Bähr, Anerk. § 62 N. 5, und Anhang I. anführt; der Literatur geht es nicht besser, gerade die neuerdings um die Lehre das meiste Verdienst sich erworben, Liebe Gneist Bähr Schlesinger v. Salpius, haben die Zerfahrenheit der Ansichten noch gemehrt. Es mag darum gestattet sein von den Meinungen vorläufig ganz abzusehn, und im nächsten Anschluss an die Quellen einen Aufbau zu versuchen; doch müssen vor den einzelnen Stellen die Verhältnisse, auf welche dieselben sich beziehen, in betracht genommen werden.

Die Querel richtet sich wider eine *cautio*: das ist anfänglich die schriftliche Aufzeichnung einer Stipulation, dann entwickelt sich der Begriff in verschiedenen Richtungen, die Bedeutung des schriftlichen Elements wächst während die des verbalen zurücktritt, auch gelten als passende Angriffsobjekte der Querel Instrumente die wol auch von Numerationen und andern sachlichen Leistungen, aber nicht behufs des Kontrahirens (Kreditzahlungen) sondern behufs des Schuldaufhebens (Solutionszahlungen), handeln. Dass das ganze Institut kein reiner Ausfluss der *ratio iuris* ist, ergibt schon die Bedeutung die einem fest kalendermässig abgegrenzten Zeitraum dabei zukommt. Wir haben durchaus keinen Grund wider eine Rechtssingularität uns feindlich zu verhalten, wol aber die Abweichung von der gemeinen Regel zu messen und ihrer innern Ursache, der besondern Utilität nachzuspüren.

Versuchen wir also zunächst zu konstruiren, wie die Lehre ohne das Eingreifen positiver Vorschriften sich gestaltet haben würde. Oben (XIV.) ist der Gegensatz der rezeptiven und der konstitutiven Stipulationen hervorgehoben; aber man reicht nicht aus mit dieser einen Unterscheidung, um ein Bild zu geben von der Mannigfaltigkeit der Benutzungsarten dieses beliebtesten von allen Rechtsgeschäften der Römer. Die rein konstitutive und die rein rezeptive Stipulation sind gleichsam die Eckständer, zwischen denen die grosse Masse der gebräuchlichsten Formen

in der Mitte steht; "*centum dare spondes*" als abstrakte Zuwendung, wo Numerius unter allen Umständen zu zahlen hat, und "*quantam pecuniam debes ex legato tantam dare spondes*" wo die Stipulation nichts schafft als eine neue *actio* für die übrigens unverändert fortbestehende Forderung. Alle Mittelformen sind konstitutiv, insofern sie neben der *actio* auch einen neuen Anspruch (*ex consensu*) schaffen, aber dieser Anspruch steht nicht völlig selbständig da, vielmehr wird er entweder durch die Worte der Stipulation oder durch die unausgesprochenen Gedanken der Parteien angeknüpft an draussen liegendes:

a) "*centum dare spondes*" äusserlich der abstrakten Zuwendung gleich, aber von den Parteien nicht als solche, sondern unter irgend einer intellektuellen *causa*, z. B. *credendi soluendi transactionis dotis*, gewollt;
b) dasselbe Geschäft unter ausdrücklicher Angabe der *causa* innerhalb der Stipulationsformel;
c) äusserlich individualisirte Stipulation, z. B. "*quae mihi C. ex mutuo debes dare spondes*", während die Parteien doch eine abstrakte Zuwendung wollen, gleichviel ob Numerius aus einem Darlehn schuldet ob nicht, ja vielleicht trotzdem beide Teile wissen dass er nicht schuldet, soll er durch diese Form unweigerlich gebunden werden;
d) ebenso individualisirte Stipulation, ohne dass die Parteien eine abstrakte Zuwendung wollen:

    scripsi me accepisse C., et haec centum stipulatus est Agerius spopondi Numerius;

   ich Numerius mag überzeugt sein die 100 wirklich erhalten zu haben, sollten sich aber in den Säcken, die ich nicht gleich durchzählen konnte, nur 80 nicht 100 enthalten ergeben, so will ich auch nur auf 80 verhaftet sein; oder ich weiss, dass ich noch nichts oder noch nicht alles erhalten, stelle aber den Schein in der Erwartung baldiger Nachzahlung in dieser Form aus.

Zu c) und d) gemeinschaftlich ist zu bemerken, dass die Individualisirungsformeln wiederum unter sich sehr verschieden sein können, ungenauere und genauere, von dem ganz vagen *quae debes* bis zur scharf präzisirten Angabe des Vorgeschäfts, noch genauer als bei dem Beispiel der *l. Lecta* (fr. 40 pr. de R. C. 12, 1), wo wenigstens in der Relation des Paulus das Datum

der Hingabe des Darlehns fehlt. — Ein anderer Unterschied, ob mit der Herstellung der neuen Aktion (aus der Stipulation) die Aufhebung der vielleicht früher schon vorhanden gewesenen älteren, und also Novation bewirkt wird oder nicht (cf. fr. 126 § 2 de V. O. 45, 1: . . . . *non est dicendum recessum a naturali obligatione*). Dass die klassischen Juristen über die Voraussetzungen der Novation gestritten, ist aus der Entscheidung Justinians (c. 8 de nouat. 8, 42, § 3 I. quib. mod. toll. 3, 29) bekannt, die sich aber nicht auf den Fall mitbezogen zu haben scheint, wo die Stipulation dem Realkontrakt in nächster Nähe folgte. Hier, und ebenso wo die kreditirende Leistung der Stipulation folgte, scheinen schon die Juristen darüber zur Einigung gelangt zu sein, dass nur Eine und zwar die Aktion aus dem Verbalgeschäft als vorhanden angenommen werden dürfe, während die *actio ex re* gar nicht existent werde. Ganz klar spricht sich darüber aus Pomponius:

> fr. 7 de nouat. 46, 2: . . . . *non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione nouari, quia id agitur ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri.*

Offenbar dass mit dieser Auffassung diese Art der Stipulation der reinen Rezeptivstipulation nahe gerückt wird. In Uebereinstimmung mit Pomponius zweifellos Paulus (fr. 126 § 2 de V. O. 45, 1, vgl. fr. 40 pr. de R. C. 12, 1 auch fr. 41 eod. von Afrikan), vermutlich Ulpian (fr. 6 § 1 de nouat.) und wol auch Modestin (fr. 52 § 3, cf. pr., de O. et A. 44, 7).

Bei den unter a) und den unter d) gehörigen Stipulationen trifft die kontrahirenden Parteien allemal der Vorwurf, was sie gedacht nicht vollständig ausgesprochen zu haben; sehr oft wird sich damit der noch schwerere Vorwurf verbinden, nicht klar gedacht zu haben. Die Parteien wollen einmal ihrem Geschäft die Vorteile einer klaren und übersichtlichen Form verleihen, aber sie wollen doch nicht, dass das ausgesprochene, also eben das klare und übersichtliche, für die Folgen allein massgebend sei, sondern daneben etwas anderes unausgesprochenes, wobei selbstverständlich Klarheit und Uebersichtlichkeit aufhört. Denn warum sprechen sie es nicht aus, wenn es von beiden Teilen klar erkannt ist, und jedeiner weiss, dass der andere gerade ebenso darüber denkt? Die Fälle wo nur Dritte geteuscht werden sollen, sind wahrlich

selten genug. Meistenteils aber ist die Gestaltung der Folgen überdacht nur für den einen Fall, wenn alles sich so vollzieht wie gewünscht wird, die noch in Aussicht stehende Leistung rechtzeitig und vollkommen geschieht; der andere Fall, Verzögerung oder Ausbleiben, gänzliches oder partielles, ist nicht ebenso, oft gar nicht erwogen, nicht vom Geber und nicht vom Nehmer, geschweige dass an eine scharf ausgedachte Uebereinstimmung beider zu denken wäre. — Und nun verzeihe man eine kleine Abschweifung. Wie unzählige Male haben Nichtjuristen im Geschäftsverkehr geklagt über die Juristen, die Zweifel und Bedenken brächten in die einfachsten Sachen. Ich will uns nicht weiss brennen, *et intra peccatur*; dennoch sind wir voll berechtigt diese Vorwürfe den Laien zurückzugeben, die doch viel häufiger zu uns kommen mit unklar gedachten Geschäften, so unklaren, dass man an jeder Aufklärung verzweifeln muss: aus unsichern Prämissen führt die beste Logik nicht zu sichern Konklusionen. Gebt ihr eure Sachen, insonderheit Verträge und letztwillige Verfügungen, für klar aus, so geschieht das nur weil euer Auge bis zu den Zweifelspunkten gar nicht hinträgt, weil ihr die Mannigfaltigkeit der Möglichkeiten nicht seht, welche die Entscheidung bedingen. Der Jurist kann schliesslich nichts anderes tun, als den Willen der Parteien zur Geltung bringen; aber es fehlt am Willen, diese Eventualität ist gar nicht vorgesehn, von keiner Seite, was nun? Die welche die hieraus erwachsenden Zweifel und Widersprüche verschulden, hätten doch am wenigsten Grund zu klagen. — Indessen werden sich diese Zustände sobald nicht ändern, die Parteien werden nach wie vor ihre Geschäfte zum grossen Teil unausgedacht abschliessen, und gerade die zuwenigst ausgedachten werden am häufigsten vor die Gerichte kommen; der Richter darf auch die unlösbare Aufgabe nicht ablehnen.

Anspruch und Aktion *ex stipulatu* sollen bis zu einem gewissen Punkte als Anspruch und Aktion aus dem Verbalkontrakt behandelt, sie sollen übrigens zugleich in gewisser Beziehung behandelt werden, als ob der Anspruch *ex re* stammte, und als ob die Stipulation nur die Aufgabe gehabt hätte, eine der Natur dieses Anspruchs gemässe Aktion zu schaffen. Sehr deutlich lassen die Römer dies Verhältnis bei den Kreditstipulationen der Haussöhne hervortreten, fr. 3 § 4, fr. 6 de S. C. Maced. 14, 6:

si a filio familias stipulatus sim et patri familias facto crediderim, ... debet dici cessare senatus consultum, ... contra etiam recte dicetur, si a patre familias stipulatus sis, credas postea filio familias facto, senatus potestatem exercendam, quia expleta est numeratione substantia obligationis.

Wieder (vgl. oben fr. 7 de nouat.) der Gedanke, dass der Inhalt aus der *res* stamme und die Stipulation blos die zur Geltendmachung zweckmässige Form beschaffe. — Bedenklicher ist

fr. 30 de R. C. 12, 1 (Paul.): *qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet ne accipiendo se ei obstringat.*

Denn wahrscheinlich war bei dieser Stipulation der zukünftigen Kreditleistung als Bedingung ausdrückliche Erwähnung getan, da sonst das "*non obstringi*" eine seltsame Bezeichnung des Verhältnisses wäre, "*ubi palam est iure ciuili te obligatum esse, et actio qua intenditur dare te oportere efficax est.*"

Speziell für die vorgelegte Frage dürften wir zu folgenden Entscheidungen kommen. Berücksichtigen wir die unausgesprochenen Nebenabsichten der Parteien, so wird es keinen Unterschied machen, ob die Stipulation rein abstrakt gefasst ("*spondesne CCC. dare*"), oder mit ungenauer ("*CCC. quae debes*") oder mit genauerer ("*quae debes ex emptione, ex emptione Stichi hominis*") Individualbezeichnung versehn ist, denn die durchschlagenden Absichten konnten bei all diesen Fassungen die nämlichen sein. Ist insbesondere bei der Kreditstipulation die als geschehen oder als geschehen werdend vorausgesetzte Realleistung als noch nicht geschehen erwiesen, so dürfte an dem durchschlagenden Erfolge einer *exc. doli* wider die *actio ex stipulatu* nicht zu zweifeln sein. Dabei hätte der beklagte Exceptionssteller das Dasein der massgebenden Absicht zu beweisen, demnächst eventuell der Kläger die Erfüllung derselben, also das Geschehnsein der Realleistung. Bedenklicher wäre schon eine Kondiktion der Obligation vor der Klaganstellung: natürlich nur unter den besondern Voraussetzungen irgend einer Kondiktionsspezies, wie namentlich der *c. causa data c. n. s.*, und darum gewöhnlich nicht sofort, sondern erst wann das Nichtgeleistetsein durch eine gewisse Zeitdauer zu einiger Konsistenz gekommen ist. Endlich Kondiktion des

aus der Stipulationsschuld Geleisteten nur, wo eine *condictio indebiti* zu konstruiren wäre. — Allgemein wird man daran festzuhalten haben, dass die nicht blos rezeptive Stipulation Zuwendung einer Forderung bewirkt, die im wesentlichen auch unter den für Zuwendung des Eigentums und anderer dinglicher Rechte gültigen Regeln steht. Ferner dass die Kaution trotz ihrem Streben sich zu einer neuen Form des Literalkontrakts umzubilden, doch nicht dahin gelangt ist von dem Stipulationsrecht sich zu emanzipiren.

Dem stehn die singulären Vorschriften gegenüber die vornehmlich in den beiden Kodextiteln de non numerata pecunia 4, 30 und de dote cauta et non numerata 5, 15 zusammengestellt sind. Die Digesten enthalten einen Titel *de N. N. P.* nicht: daraus folgt einiges für die Zeit der Entstehung, und dass die grossen Juristen gerade keinen überwiegenden Einfluss darauf geübt; dass das Institut seine Entstehung der Praxis verdankt habe, und dann durch Kaiserkonstitutionen nur eben regulirt worden, wird nicht widerlegt. Auch die Stellung des Haupttitels ist nicht zu übersehn: nicht weitab, im Verhältnis zur Digestenordnung voraufgeschoben stehn drei auf den Beweis bezügliche Titel, de probationibus 4, 19, de testibus 4, 20, de fide instrumentorum 4, 21; die *N. N. P.* steht nicht bei ihnen, dürfte also nicht vorzugsweise als Beweisinstitut betrachtet sein. Sie selber steht in einer andern Gruppe: 4, 28 ad S. C. Macedonianum an der Stelle die seinem Digestenplatz entspricht, 4, 29 ad S. C. Velleianum, 4, 30 de N. N. P., 4, 31 de compensationibus; in die sie wahrscheinlich mehr aus praktischen als theoretischen Erwägungen gestellt ist, das Macedonianum das Vellejanum die *N. N. P.* und die Kompensation lieferten die gangbarsten Einreden wider Geldgeschäftsklagen, und mögen in mancher Klagbeantwortung ebenso dicht zusammengestanden haben.

Betrachten wir nun sämmtliche Stellen des Titels *de N. N. P.* der Reihe nach:

c. 1 Seuerus et Antoninus a. 197. — Die richtige Lesart "*intentio dati pignoris neque redditae pecuniae*" ist aus der Schwesterstelle c. 1 si pign. conu. 8, 33, zu entnehmen. Das Reskript enthält nichts als Bestätigung des *ius commune*. Die nicht ausgesprochene Absicht der Parteien soll gegen den Wortlaut der Kaution durchdringen, auch die in der Pfand-

bestellung liegende Anerkennung der Kautionsschuld ändert hieran nichts, im Gegenteil, da die persönliche Schuld für die das Pfand bestellt worden nicht zur Geltung gekommen, so kann auch das Pfand selber zurückgefordert (*r. u.* gegen welche die *exc. pignoris* aus dem angegebenen Grunde nicht durchschlägt) oder einbehalten (Negation der Voraussetzungen wider *a. hypothecaria*) werden. Die Entscheidung muss gleichmässig gelten für die Stipulationsformen: *C. dari*; *C. quae debes dari*; *C. mutua accepi, quae C. . . . .;* indem überall der vorhandene wirkliche Wille dem Wortlaut der Erklärung vorgeht.

c. 2 Antoninus a. 213.

Nichts über die juristische Konstruktion und über die prozessualische Behandlung des Falles: wiederum entscheidet nicht der Wortlaut der Kaution sondern der wirklich gezahlte Betrag, offenbar darum weil Parteien dies also gewollt hatten. Auch in dieser Entscheidung liegt, sobald man einmal das Durchdringen des unausgesprochenen wider den förmlich erklärten Willen angenommen hat, nichts anomales, und nichts was geböte sie auf eine Art der Kreditstipulationen zu beschränken.

c. 3 Antoninus a. 215.

Bei weitem interessanter als die voraufgehenden, aber richtig verstanden gleichfalls nicht singulär: — "*licet hypotheca data*" bestätigt den in c. 1 enthaltenen Satz, dass die Pfandbestellung keine bindende Anerkennung involvire. — "*exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam*". Erinnern wir uns dessen was unbestritten feststeht. Die Insertion einer Exception in die Formel ändert übrigens an der Beweislast nicht, und verpflichtet den Excipienten zum Beweise der Behauptungen auf welchen die Exception beruht. Hier wie sonst überall hat der Excipient die *exceptio doli* und nach logischer Konsequenz auch die *exc. non numeratae pecuniae* zu beweisen; erst wenn dieser Beweis gelungen, wird der Kläger *pecuniam numeratam* zu beweisen haben oder abgewiesen werden. Das wäre unjuristisch wenn ein anderer fertiger Beweis des Excipienten "*pecuniam numeratam non esse*" bereits voraufgegangen wäre. Aber dieser gehörte so wenig zu dieser *exceptio doli* wie zu der *exceptio non numeratae pecuniae.* Der Grundgedanke der

exc. doli war: Du Kläger handelst dolos mit der Klaganstellung, da ja nach dem zwar unausgesprochenen aber nichtsdestoweniger massgebenden Konsens der Parteien die Stipulation bindend sein sollte nur, wann die bisher unterbliebene Realleistung erfolgt wäre. Die normale Verteilung der Beweislast bei solcher Einwendung ist im vorstehenden bereits ausgeführt: Excipient muss die Absicht der kontrahirenden Teile dartun, dass die Stipulation oder Kaution nicht sofort, sondern vielmehr erst nach geschehener Realleistung vollwirksam sein solle. Dieser Beweis ist bei verschiedenartig gefassten Stipulationen und Kautionen verschieden zu führen; wo letztere aber ein Empfangsbekenntnis, "*scripsi me accepisse*" oder ähnliches enthielten, da wurde der Nachweis unerlässlich, dass das Bekannte weder die Wahrheit (wo die behauptete Absicht der Parteien erfüllt wäre) noch eine Fiktion (was die Absicht ausschliessen würde) sei, sondern nichts als leere Form. Man wird an dem Namen *non numeratae pecuniae* für eine solche Einrede wol keinen Anstoss nehmen. Dass aber die auf Realleistung gerichtete Absicht der Parteien, nachdem sie bei dem Stipulationsschluss und der Kautionsausstellung bestanden, von da bisher unerfüllt geblieben, hat nicht der Excipient, vielmehr Kläger die Erfüllung zu beweisen, was eben mit den Worten "*compellitur petitor probare pecuniam etc.*" ausgedrückt ist. — Auch diese Vorschrift passt hiernach auf die verschiedenen Fassungen der Stipulationen und Kautionen, doch erlangt sie, wie gezeigt, da besondere Bedeutung, wo die Anerkennung geschehener Realleistung in das Formular aufgenommen ist.

c. 4 Antoninus.

Hier begegnen wir zuerst dem Namen *querela* und wol auch der ersten Singularität. Was die Querel *de non numerata pecunia* sei wird nicht gesagt, wol aber dass sie fortfalle "*cum fidem cautionis agnoscens etiam solutionem debiti uel usurarum feceris*". Die Interpretation dieser Worte ist nicht ganz leicht. Wollte man annehmen in jeder Zins- oder Partialkapitalzahlung liege ein "*agnoscere fidem cautionis*", so käme man zu folgendem ungereimten Resultate: entweder was aus einer solchen Kaution gezahlt würde könnte, ähnlich dem vermeintlich aus Judikat gezahlten, überall mit keiner *indebiti condictio* zurückgefordert werden; oder die bereits gezahlten

Zinsen könnten wol kondizirt werden, dagegen sei aber alles übrige bisher noch nicht gezahlte Kapital und Zinsen dem Stipulator unweigerlich verfallen. Das "*fidem cautionis agnoscere*" wird also für sich bestehn müssen:

> Wer die bei Abschluss des Geschäfts vorhanden gewesene Absicht der Parteien als erfüllt anerkennt, und in Folge dessen (Zins- oder Partial-) Zahlung leistet, der darf später nicht darauf zurückkommen, dass die Absicht noch unerfüllt sei.

Aber auch bei dieser beschränkenden Auslegung gibt die Konstitution einer besondern Form des aussergerichtlichen Geständnisses eine Bedeutung, welche demselben nicht allgemein zusteht.

c. 5 Alexander 223.

Die erste Begrenzung des Anwendungsgebiets:

> *ignorare non debes non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur.*

Die Unklarheit der Gedanken, aus welchen die zu unserer Einrede hinführenden Geschäfte hervorgehn, zeigt sich deutlich: Klage aus einer Stipulation jedesfalls einem Formalgeschäft, das den Schein der Selbständigkeit annimmt, während es doch in Wirklichkeit nichts anderes sein soll, als das Medium der Geltendmachung eines Realgeschäfts, dem die Parteien seine natürliche Erscheinungsform aus irgend welchen Nebenabsichten abgestreift haben ohne sich klar geworden zu sein, wieweit der von ihnen produzirte Mischling nach den Regeln der Realkontrakten und wieweit er als Formalkontrakt zu behandeln sein werde. Wann kann man aber von einer Aktion aus dem Stipulat sagen, dass damit "*quasi credita pecunia*" verfolgt werde? Nicht dann, wenn die Stipulation sich ehrlich und offen als Rezeptivgeschäft bekannt hat (*quicquid* oder *quantam ex credito debes* oder *debebis pecuniam*); denn da wäre nicht die Exception, sondern einfache Negation an ihrer Stelle. Die Absicht die *actio* aus dem Formalgeschäfte zur Hülle des Realgeschäfts zu machen muss also eine (formell) unausgesprochene sein, und bei diesem Ueberwiegen des ausserhalb der Formel liegenden ist es, wie schon oben bemerkt, nicht wahrscheinlich, dass für diese selber besonders streng bindende Vorschriften existirten. Jedem Chirografum kann der Beklagte entgegenhalten, dass es nach der stillen

Parteiabsicht ein Kreditchirografum habe sein sollen, und nur wann er dies erwiesen, kann er die Wirksamkeit desselben mit der Behauptung der Nichtzahlung aufhalten bis zu dem Beweise der Zahlung seitens des Klägers. Muss er hingegen zugeben, dass *ex praecedente causa debiti* die Summe in das Chirografum genommen ist, so hat er weder Zahlung noch Beweis der Zahlung zu der Zeit *cum cauebatur* vom Kläger zu fordern, vielmehr wird sich seine Verteidigung auf Bemängelung der Richtigkeit der Aufnahmen aus dem älteren Debitum in das Chirografum beschränken. Insofern aber besteht eine Aehnlichkeit der zwei Fälle, als beidemal das Chirografum dem geführten Gegenbeweise weicht, sei es, dass neben seinem Wortlaute noch andere Gedanken der Parteien massgebend sein sollten, oder dass geradezu die in ihm enthaltenen Angaben als fälschliche dargestellt werden.

c. 6 Alexander.

Die Exception darf nicht von dem gebraucht werden, der *in uicem alterius* substituirt ist, falls dieser Andere sie nicht selbst schon besass; dass dem Substituten nicht gezahlt worden, macht nichts aus. Dem entspricht

c. 12 Diocletianus et Maximianus.

dass Mandatoren und Fidejussoren die Einrede aus der Person des *reus principalis* zusteht, desgleichen

c. 15 Iustinianus.

den Kreditoren, freilich mit der Beschränkung,

> *ut neque principali debitori neque fideiussori praeiudicium generetur, si is* [*creditor*] *qui eam exceptionem opposuit uictus fuerit.*

Bei weitem wichtiger, aber leider verderbt ist

c. 7 Alexander a. 223.

Die überlieferte Lesart (des unpassenden *etsi* wegen) wahrscheinlich korrupt, ohne dass Basiliken und Scholien genügenden Anhalt zur Wiederherstellung des Textes gäben; eventuell nicht scharf gedacht. Dass die Kondiktion eine Spezies der Querel sei, wird nicht gesagt, vielmehr wird die Querel selber gar nicht, sondern nur die aus ihr resultirende Exception aufgeführt. Richtig ist, dass Vernichtung ("*repetere*") der Obligation nur mittels der Kondiktion sich bewirken lässt, die Querel auch nicht weiter als bis zur Herstellung eines Schutzmittels "*aduersus agentem*" hinführt.

c. 8 Alexander 228.

Die Stelle erwähnt der Zeitfrist "*intra legibus definitum tempus*", und lässt sich über das Verhältnis der Querel zur Exception deutlicher aus als die meisten andern. Dabei gleich soviel: meines Erachtens reicht das auf uns gekommene Quellenmaterial nicht aus dazu, das Wesen der Querel positiv sicher und genau zu bestimmen, wol aber dazu die gangbare Behauptung zu widerlegen, dass die *exceptio n. n. p.* die eine und die *condictio* die andere Form der Querel sei. Nein, die Querel ist ein drittes von dem einen und dem andern gleich sehr verschiedenes Etwas. Die Querel kann nicht mit der Exception zusammenfallen, denn

si questus est, — *exceptio competit*,

durch die Querel wird die Exception gewonnen; die Querel kann aber auch nicht identisch mit der *condictio* sein, denn nach durchgeführter *condictio* wäre die Obligation *ipso iure* nichtig, nicht durch Exception abzuweisen. Auch die Verjährung zeugt dawider: mit der Exceptionsspezies der Querel wäre sie ganz unvereinbar, und verjährt die *condictio* wirklich? und zwar unter welchen Voraussetzungen? auch wenn nur stipulirt, nichts schriftliches aufgesetzt oder in der *cautio* der geschehenen Leistung nicht gedacht sein sollte? Man wird zugeben, dass die Verjährung eines einzelnen Falles der Kondiktion zur Zeit schon der klassischen Juristen eine ganz absonderliche Anomalie wäre. Noch eins: von der Exception und der Kondiktion der Schuld zur Querel wider die Quittung ist es ein weiter Weg.

Die Querel ist ein Angriffsmittel, von dem der Berechtigte beliebig Gebrauch machen kann; nur so ist die Verjährung zu erklären. Aus dem Namen ist nicht viel zu folgern, doch spräche das gewis nicht wider die Hypothese, dass sie einen Parallelismus der *querela N. N. P.* mit der *Q. I. T.* ergäbe. Beide greifen Schriftstücke an, diese ein Testament jene ein Vertragsdokument, der *accusatio testamenti* entspricht die *accusatio chirographi*. *Querela non numeratae pecuniae* attackirt die Kaution welche die Erklärung *pecuniam numeratam esse* enthält. Wir wissen, dass viel derartige Kautionen in Rom aufgestellt wurden, wir wissen, dass sie der Querel unterlagen, nichts zwingt zu der Annahme, dass die Querel dies Gebiet überschritten habe. Diese Querel war ursprüng-

lich kein singuläres Institut: Schuldner bestreitet die Wahrhaftigkeit eines Schuldscheins, behauptet Gläubiger dieselbe nicht, so ist die Sache fertig; übernimmt er aber die Verteidigung des Scheins, so beginnt ein Prozess, vermutlich durch Sponsion eingeleitet. Hier ist der Schuldner, *qui negat pecuniam numeratam* (nicht allgemein sondern nur so gerade wie der Schein dies bezeugt) Kläger, der Gläubiger und Scheininhaber Beklagter; aber die Beweistheorie ist jetzt noch eine völlig freie, sobald der Richter will kann er sich überzeugt erklären. Diese Gestalt der Querel hat sich allmählich geändert, gleichzeitig mit dem Festerwerden der Beweisregeln. Der Prozess über die Querel mag nicht oft geführt sein: traut Gläubiger seinem Schein nicht, so hütet er sich vor der Sponsion, und schweigt dem querulirenden Schuldner gegenüber; glaubt er aber im Recht zu sein, so hat er dem leugnenden Schuldner gegenüber weiter keine Veranlassung zum warten, er geht seinerseits als Kläger vor, und verteidigt nicht blos den Schein sondern verfolgt lieber gleich die Forderung aus demselben. So tritt eine Aenderung ein, nach und nach verliert sich der zweiseitige Charakter der Querel, sie hört auf ein Streit zu sein und wird vielmehr ein Deklarationsverfahren. Doch ist die zur zweiseitigen Verhandlung führende Querel auch aus dem Justinianischen Rechte nicht ganz geschwunden:

> N. 100 c. 1 pr.: . . . ἅπαξ τοῦ ἀνδρὸς μεμψαμένου, καὶ τῆς γυναικὸς ὅτι δέδωκεν οὐκ ἀποδειξάσης.

Dass bei dem Schweigen des Gläubigers wider die Negation des Schuldners der Schein kraftlos wird, liegt auf der Hand; schwieriger erscheint der andere Fall, soll der Richter mehr dem Gläubiger und dem Schein, oder dem Schuldner glauben? Dass häufig die Scheine vor der Zahlung geschrieben und die Empfangsbekenntnisse unwahr ausgestellt wurden, das wusste jeder. Also musste je nach Umständen entschieden werden, und unter diesen Umständen war von besonderer Wichtigkeit der Zeitpunkt wann Schuldner sich meldete, je früher nach der Abgabe des Scheins desto wahrscheinlicher der Widerspruch. Dass in einer Zeit die auf Fixirung des Beweisrechts ausging, die Praxis von hieraus zur Annahme der Verjährungsfristen gekommen, ist nicht undenkbar: wer bis dahin als Querulant auftritt hat die Präsumption für sich, wer nachher wider sich.

So bildet die Querel sich aus, unabhängig zunächst von der Kondiktion und der Exception, doch nicht ohne Einfluss auf dieselben. Vor ihr haben diese voraus das weitere Gebrauchsfeld, namentlich dass sie nicht an einer Fassung der Stipulation haften und auch die schriftliche Aufzeichnung nicht erfordern. So weit sie aber konkurriren schlagen später die Regeln der Querel durch: ob die Kondiktion anzustellen oder nicht, darüber entscheidet das Kondiktionsrecht, ob aber bei angestellter Kondiktion die fragliche Klausel der Kaution bindend oder hinfällig, darf bei der Kondiktion nicht anders entschieden werden als bei der Querel. Die Kondiktion verjährt also auch nicht in der Querelsfrist, aber für die Beurteilung der einen Frage ist diese doch entscheidend. Noch abhängiger wird die Exception: sie ist überall da begründet wo die Querel schon rechtzeitig angestellt ist, und sie ist da zu begründen wo die Querel noch angestellt werden könnte; sonst nirgends. Die Vornahme der Querel in besonderer Form scheint im zweiten Falle nicht notwendig gewesen zu sein, sie liegt hier eben in der Aufstellung der Exception. Bei dieser aber hat Excipient zu beweisen: dass er, früher oder erst jetzt, innerhalb gesetzlicher Frist nach Ausstellung des Scheines Widerspruch erhoben wider den die Zahlung attestirenden Teil desselben. Erfolg: dass die attestirte Zahlung trotz dieser Attestation als nicht bewiesen anzunehmen ist. Da mit der Ausstellung des attestirenden Scheines aber regelmässig das Erforderlichsein der attestirten Zahlung schon bezeugt ist, so resultirt für den Kläger die Notwendigkeit, entweder diese Zahlung mit andern Beweismitteln, oder aber eine andere Zahlung, welche diese zu ersetzen vermöchte, als geschehn zu beweisen. Der Excipient tut die partielle Bedeutungslosigkeit des Scheines dar, und der Kläger hat demnächst das was gerade dieses Stück des Scheines bewiesen haben würde, in anderer Weise zu beglaubigen.

Die Länge der Verjährungsfrist hat gewechselt, c. 1 I. C. Herm., c. 14 pr. ht.; nach der c. 8 cit. ist bereits "*tempus legibus definitum*", was nicht ausschliesst, dass ursprünglich die Praxis Grenzen gesetzt haben könnte. Dass die Zeit für Erblasser und Erben gleichmässig läuft, ist so wenig auffällig wie der Uebergang der erworbenen Exception auf die Erben.

c. 9 Diocletianus et Maximianus.
Wieder ein Beleg für die unklare Auffassung des vorliegenden Geschäfts, ob die *uerba* der formell erklärte Wille, oder die *res* das eigentlich obligirende Element. Wenn *uerba*, was kommt darauf an wie weit die *res* reicht? und wenn *res*, so ist nicht Exception sondern Negation indizirt. Ebenso darf die Stipulation das Erfordernis der Realleistung ("*stipulatione interposita placita*") nicht als Bedingung enthalten haben, es muss eben blos hinzugedacht, oder aus dem assertorischen Teile der Kaution zu folgern sein. — Für die eventuelle Form der Querel von Bedeutung ist das "*uel si in testando iuri paritum sit*". — Dass eine partielle Beschränkung der Querel zulässig gewesen, ist wol selbstverständlich.
c. 10 Diocletianus et Maximianus.
Dass man darauf verfallen die Zeitgrenze der Querel zu übertragen auf die Einrede der Zahlung, spricht nicht für den juristischen Scharfblick der Reskriptsucher. Interessant ist nur der Schluss:

> *cum inter eum qui factum asseuerans onus subiit probationis, et negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad petitorem eius rei necessitatem transferentem, magna sit differentia.*

Hier kommt ein gewisses Streben zum Vorschein, die *exceptio de n. n. p.* als naturales, d. h. nicht singuläres Institut zu erfassen; ganz wohl dass dem *negans numerationem* die Beweislast nicht zufällt, aber ist das ebenso natürlich, dass der dem sie obliegt bei seiner Beweisführung die in der Kaution enthaltene Empfangsbescheinigung für sich nicht nutzen darf? — Entweder also ist die Argumentation der Kaiser abwegig, oder wir sind mit unserer Konstruktion auf falscher Fährte.
c. 11 Diocletianus et Maximianus.
Wiederholung der in c. 5 gegebenen Regel für einen besondern Fall.
c. 13 Iustinus.
Zusammengenommen mit c. 5 und c. 11 wichtig für die Bestimmung des Anwendungsgebietes. Hervorgehoben wird in unserer c. 13 einmal die *antecedens causa* (c. 5: "*ex praecedente causa*"), sodann das *eam causam specialiter edicere.* Justin beschränkt die gewöhnliche Querel auf die Fälle wo *non specialiter* edizirt ist, gegen das *specialiter edictum* aber

wird nur schriftlicher Gegenbeweis zugelassen. Ob *specialiter* oder *non specialiter* Angaben gemacht sind, kann in einzelnen Fällen schwer zu entscheiden sein, was der Kaiser will und warum er es will ist doch genügend gesagt. Schwieriger wird das Verständnis des andern Gegensatzes: was ist *antecedens causa?* Nimmt man aus c. 5 hinzu, dass es nicht darauf ankommt, "*an tunc cum cauebatur numerata sit*", so wird man Fälle wie den der *l. Lecta*, überhaupt alle wo nach fr. 7 de nouat. 46, 2 die *actio ex re* nicht zur Existenz kommt ausnehmen müssen; "*praecedens causa*" die der Stipulation und Kautionsausfertigung soweit vorausliegt, dass ihre selbständige Entwickelung nicht gestört worden vielmehr das Geschäft zu der ihm eigentümlichen *actio* gelangt ist, die dann je nach der Natur der folgenden Stipulation entweder durch Novation beseitigt ist oder noch fortbesteht. Demnach erhalten wir folgende vier Formen der anfechtbaren Kautionen:

a) mit Bezugnahme auf eine frühere selbständige Realleistung, die *specialiter* angegeben ist;
b) mit derselben Bezugnahme ohne Spezialangabe;
c) mit Bezugnahme auf eine Realleistung, die nach fr. 6 § 1 fr. 7 de nouat. fr. 126 § 2 de V. O. fr. 52 § 3 de O. et A. als Teil des Stipulationsgeschäfts zu betrachten wäre, und zwar mit Spezialangabe;
d) wie c) nur ohne Spezialangabe.

Nach dem Wortlaut der c. 13 darf die Beschränkung des Gegenbeweises "*per apertissima rerum argumenta scriptis inserta*" nur bei den unter a) nicht auch bei den unter c) gehörigen Fällen angenommen werden, obschon der gesetzgeberische Grund

> *nimis indignum esse iudicamus, ut quod sua quisque uoce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmaret, testimonioque proprio resisteret,*

für die Ausdehnung spricht.

c. 14 Iustinianus. K. Iul. 528.

pr. Von Wichtigkeit sind die Angaben über das Anwendungsgebiet der Querel:

> *in contractibus, in quibus pecuniae uel aliae res numeratae uel datae esse conscribuntur.*

Also nur bei Kontrakten,
die schriftlich aufgenommen sind,

wo von dem Schriftstück "*pecuniae uel aliae res numeratae uel datae*" bezeugt werden.

Gegen das ursprüngliche Anwendungsgebiet, die aufgezeichnete die schriftlich gemachte Kreditstipulation, scheint hierin eine bedeutende aber nicht irrationelle Erweiterung zu liegen. Wo die *exceptio n. n. p.* sich nicht wider die Forderung selber sondern nur wider das Beweismittel der Forderung kehrte, da war die Uebertragung in das Gebiet der Realkontrakte nur konsequent. Zugleich erscheint diese Ausdehnung als Brücke zur Verwendung unserer Einrede wider Solutionsdokumente, über die § 1 derselben Konstitution keinen Zweifel lässt. Und zwar scheinen beide Erweiterungen durch die Praxis bewirkt zu sein, "*opponere litigatores conantur*", was einigermassen zu regeln der Kaiser für gut befindet.

§ 1 et § 2. Wenn für die *securitates* gewisse besondere Regeln und Fristen aufgestellt werden, so ergeben doch gerade diese Paragrafen, dass die Einwendungen *de non numerata pecunia* wider Kredit- (Schuld-) und die wider Solutionsscheine auf denselben Gedanken beruhen, und dass das Leben selber von jenen zu diesen geführt hat; was alles mit unserer Hypothese im besten Einklang steht. Die Einzelheiten der Justinianischen Verordung interessiren hier weiter nicht.

§ 3. Wo die Exception *n. n. p.* ausgeschlossen ist, da soll auch auf Eidesdelation nicht rekurrirt werden dürfen. Diese Bestimmung wäre durchaus überflüssig wenn ohnehin, sei es durch Gewohnheit oder früheres Gesetz, festgestanden hätte, dass das Zeugnis des Scheins nach verjährter Querel durch keinen Gegenbeweis zu entkräften sei. Die Theorie des ausgeschlossenen Gegenbeweises würde zudem dahin führen, dass auch bei den von Justin c. 13 besonders ausgezeichneten Fällen (*ex antecedente causa specialiter edicta*) die beschränkte Anfechtungsmöglichkeit auch einer Verjährung unterworfen werden müsste. — Gedankenlosigkeiten Römischer Kaiser zählen aber keineswegs zu den Unmöglichkeiten, und wenn andererseits I. de lit. obl. 3, 21 wahr spricht "*sic fit ut hodie dum queri non potest scriptum obligetur*" (vgl. c. 8, c. 14 § 2 citt., c. 4 de cond. ex l. 4, 9), so war dennoch der Gegenbeweis definitiv abgeschnitten. Auch entspricht dies unserer Auffassung, dass die Querel ursprünglich zu einer richterlichen Entscheidung über die Wahrheit der in der Kaution enthaltenen

tatsächlichen Angaben geführt habe, und die entscheidende Zeit- (Verjährungs-) grenze nachher gleichsam in die Stelle des Richters eingerückt sei.

§ 4. Neuordnung der Ausführungsformen der Querel.

c. 16 Iustinianus.

Wo die Querel übrigens begründet ist, wird sie durch die *mentio sacramenti* nicht ausgeschlossen; "*indubitati iuris est*", das hat man längst gewusst, aber Ich muss es doch noch einmal sagen.

Dazu den Titel *de dote cauta et non numerata* 5, 15:

c. 1 Seuerus et Antoninus a. 204.

> *dotem numeratio non scriptura dotalis instrumenti facit, et ideo non ignoras ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa datam probatura es.*

Diese Kaiser scheinen noch nichts davon zu wissen, dass die Querel auch wider Dotalinstrumente ging, dass sie an Zeit gebunden war und nach dieser Zeit die Skriptur obligirte.

c. 2 Alexander a. 229.

Kaum als Singularität zu nennen, das "*in dotem adscribere*" ist nur eine Form der Aeusserung des Schenkungswillens.

c. 3 Iustinianus K. Ian. 528.

Schätzbar ist die genaue Bezeichnung der Fälle auf welche der Kaiser sieht:

> *in dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio sed pollicitatio tantum subsecuta sit.*

Auffällig aber nicht unerklärlich, dass für diese Anwendung der *exc. n. n. p.* bis auf Justinian keine Zeitgrenze bestanden, und dass er selber erst in der N. 100 darauf verfällt, die Eingehung der Ehe und Ausstellung des Instruments zum Ausgangspunkt zu machen. Offenbar war die Praxis bei der Ausbildung des Instituts wenig systematisch vorgegangen, und hatte namentlich die Anstellung der Querelen während bestehender Ehe (von Eheleuten auch kaum zu verlangen) nicht recht zur Entwickelung gebracht.

Aus N. 18 c. 8, 9, und der eben citirten N. 100 ist für das Wesen und die Entwickelungsgeschichte der Querel nicht sonderlich viel zu entnehmen.

Bei einem so eminent praktischen Institute dürfte es zweckmässig sein die aus unserer Auffassung sich ergebenden Resultate kurz zusammenzustellen, obschon dieselben doch für das heutige Recht unmittelbar nicht zu verwenden sind; denn was rezipirt ist und was die spätere gewohnheitliche Entwickelung aus dem Rezipirten gemacht hat liegt ausserhalb unserer Ausführungen, die abschneiden mit dem was zu rezipiren gewesen wäre.

Wäre die *exceptio n. n. p.* geblieben was sie ursprünglich gewesen, Behauptung dass die zu der materiellen Vollendung einer Stipulation nach dem Willen der Parteien erforderliche Realleistung nicht also erfolgt sei wie die über das Geschäft aufgenommene Kaution in ihrem assertorischen Teile besagt, die Querel aber ein Angriff auf eben diesen Teil der Stipulationsurkunde um damit die *exc. n. n. p.* für alle Zeit zu begründen, so hätte man des nahen Zusammenhangs mit der nichtrezipirten Stipulation wegen wol im Zweifel darüber sein können, ob diese Klagstücke in unser Recht aufzunehmen gewesen. Aber schon lange vor Justinian hat diese Zusammengehörigkeit aufgehört, es ist ein weiteres Feld auf dem unsere Rechtsmittel nicht ohne Aenderung ihres Wesens sich jetzt bewegen. Sie kehren sich nicht mehr wider die Forderung, sondern lediglich wider das Zeugnis auf dem dieselbe fusst, die Exception ist eine Beweiseinrede geworden.

1) Die Querel ist ein Angriffsmittel gegen schriftliche Urkunden, die eine obligirende oder solvirende Sachleistung als geschehn bezeugen, und zwar gegen alle, soweit nicht Ausnahmen durch positive Vorschrift gemacht sind. — Die Ausnahmen sind für Schuldscheine vornehmlich in c. 13 (wo *praecedens causa* und spezielle Angabe zusammen erfordert wird) und c. 14 § 1 ht. („*instrumenta depositionis*"), für Zahlungsscheine in c. 14 § 1 cit. („*securitates publicarum functionum*") cf. c. 4 de apoch. publ. 10, 22 enthalten — c. 5 und c. 11 begründen keine Ausnahmen; bezeugen die Scheine, dass *transactionis causa* oder sonst *ex praecedente causa debiti* etwas gezahlt ist, so sind sie als Zahlungsscheine anzufechten, wird behauptet, dass gar nicht soviel zu zahlen gewesen wäre, so ist dies keine *exc. n. n. p.* Rein promissorische Schuldscheine (ohne assertorischen Teil) sind in dieser Art überhaupt nicht anzugreifen; ist der assertorische Teil zum Ueberfluss aufgenommen, während der Wille

der Kontrahenten vielmehr auf abstrakte Zuwendung gerichtet war (s. g. reiner Vertrag), so ist der Angriff, der etwas unnützes zerstört, selber nutzlos.

2) Die Formen der Querel ordnet c. 14 § 4 ht. cf. c. 9 eod. Ausserdem kann die noch nicht verjährte Querel übrigens formlos in jedem Prozesssatz ausgeführt werden, beispielsweise in einer Klagebeantwortung; wird demnächst die Klage zurückgezogen, so muss die Querel doch als für alle Zeit geschehn angenommen werden.

3) Wirkung: Begründung der *exceptio n. n. p.* Wegen der Formlosigkeit der Querel in Prozessschriften können äusserlich Querel und Exception in einander aufgehn.

Wirkung der Exception; Zerstörung des assertorischen Stückes des Scheines, was nicht hindert, dass die darin behauptete Tatsache demnächst von dem Scheinberechtigten mit andern Beweismitteln dargetan werde.

4) Der dem Querulanten obliegende Beweis: dass der Schein einen solchen assertorischen Teil enthalte; dass seit der Ausstellung die Verjährungsfrist der Querel noch nicht verflossen sei. Letzteres könnte den gewöhnlichen Verjährungsregeln zu widersprechen scheinen, aber der Ablauf der Frist gibt hier nicht dem Scheininhaber ein Schutzmittel wider die *ipso iure* fortdauernde Berechtigung des Querulanten, sondern der Querulant hat, wie bei den alten *actiones temporariae* von Haus aus nur für bestimmte Zeit ein Rechtsmittel und muss sachgemäss wo erforderlich beweisen, dass die Zeit des Rechtsmittels noch ist. Zu demselben Resultat führt unsere Auffassung der geschichtlichen Entwickelung: wer früh kommt hat die Präsumption für sich, selbstverständlich, dass er die Tatsache auf der die Präsumption fusst, also eben das Frühgekommensein, eventuell beweisen muss.

Der Excipient muss beweisen, dass richtig querulirt ist; sehr häufig wird erst in dieser Instanz über die zeitige Richtigkeit der Querel entschieden werden.

5) Das Recht zur Querel erlischt nach gewissen, bei Schuldscheinen im allgemeinen durch c. 14 pr., bei Zahlungsscheinen durch c. 14 § 2, bei Dotalinstrumenten durch N. 100, cf. c. 3 de dote c. et n. n. 5, 15 bestimmten Fristen; bei Schuldscheinen ausserdem wenn der Schuldner anerkennt und Zinsen oder einen Teil des Kapitals zahlt, c. 4 ht.

6) Sobald die Querel erloschen ist, gibt der Schein für die darin behaupteten Sachleistungen unumstösslichen Beweis. — Der Scheinberechtigte, der diese Unumstösslichkeit für sich in Anspruch nimmt, muss seinerseits beweisen, den Ablauf der Zeit, oder Anerkennung und auf Grund derselben erfolgte Zins- oder Partial-Zahlung.

7) Unabhängig neben der Querel wider Schuldscheine steht die Kondiktion der Forderung und die *exc. doli* wider dieselbe, sobald aber bei diesen die tatsächlichen Behauptungen in Frage kommen auf welche die Querel sich bezieht, so wird für diese das Recht der Querel massgebend.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bekker, Ernst Immanuel,

Die Aktionen des römischen Privatrechts

Bd.: 1

Berlin 1871

J.rom.m. 33 tc-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11009158-1